

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO

LARISSA CORRÊA GUAREZI ZENATTI

MONITORAMENTO ELETRÔNICO E DIREITOS
FUNDAMENTAIS

FLORIANÓPOLIS – SC

2012

LARISSA CORRÊA GUAREZI ZENATTI

**MONITORAMENTO ELETRÔNICO E DIREITOS
FUNDAMENTAIS**

Monografia apresentada como requisito
para o grau de bacharel em Direito pela
Universidade Federal de Santa Catarina -
UFSC, Centro de Ciências Jurídica –
CCJ.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Morais da
Rosa

FLORIANÓPOLIS – SC

2012

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia, intitulada “Monitoramento Eletrônico e Direitos Fundamentais”, elaborada pela acadêmica Larissa Corrêa Guarezi Zenatti defendida e aprovada pela banca examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (dez) sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no art. 9º da Portaria n. 1.886/94/MEC, regulamentado na UFSC pela Resolução n. 003/95/CEPE.

Florianópolis, 19 de dezembro de 2012.

Professor Orientador
Alexandre Morais da Rosa

Priscila Cabral da Cunha
Membro de Banca

Aline Gostinski
Membro de Banca

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, à Deus, pela dádiva da vida.

Agraço, também, à minha família.

Aos meus pais, Clori Zenatti e Sueli Corrêa Guarezi Zenatti, agradeço especialmente pelo imenso amor que dedicaram à minha criação e por estarem sempre ao meu lado. Por me ensinarem o significado da persistência e da superação e me mostrar que tudo é possível.

Ao meu irmão, Mateus Zenatti, agradeço pela amizade e por sempre acreditar na minha capacidade.

Ao meu namorado, Matheus do Valle Gallina, e aos amigos mais próximos, pelo carinho e constante estímulo.

A meus professores, que me instruíram durante todo o curso de direito. Agradeço especialmente ao Prof. Dr. Alexandre Moraes da Rosa, pelas proveitosas e esclarecedoras aulas de processo penal e pela orientação durante este estudo.

Por fim, agradeço a todos aqueles que me deram força e apoio. Agradeço pela compreensão e paciência durante o período de pesquisas e elaboração do trabalho.

RESUMO

A presente monografia analisa a questão do monitoramento eletrônico de acusados e condenados sob a ótica dos direitos fundamentais e da expansão do controle social por parte do Estado. Inicialmente, conceitua o Estado Democrático de Direito, expondo, em seguida, o papel desempenhado pelos direitos fundamentais. Além disso, adentra na análise acerca da aparente tensão entre a esfera pública e a esfera privada, dispondo quando seria justificável a intervenção no âmbito privado. Trás, também, uma breve análise sobre o controle social exercido por meio do sistema penal. Após, aborda de forma mais minuciosa a questão do monitoramento eletrônico, discorrendo acerca do seu surgimento, bem como das finalidades que este pode desempenhar e as distintas opções técnicas e sistemas existentes. Em seguida, analisa a introdução do monitoramento eletrônico no ordenamento jurídico brasileiro, por meio das leis n. 12.258/10 e n. 12.403/11, bem como sua previsão no anteprojeto do novo Código de Processo Penal. A partir de então, examina a questão da expansão do controle social em razão da vigilância eletrônica, sob o argumento de redução dos custos do sistema penal, bem como seu reflexo na política criminal do país. Ainda, conceitua o direito fundamental à privacidade, tratando em seguida sobre como a monitoração eletrônica afeta esse direito. Após, expõe as experiências de outros países e de alguns estados brasileiros acerca da utilização do sistema. Por fim, conclui não estar claro que o monitoramento eletrônico seja realmente capaz de uma redução da população carcerária e, conseqüentemente, nos custos do sistema penal, sendo certo que a medida imposta durante o cumprimento da pena no Brasil é financeiramente mais onerosa e consiste em um agravamento na severidade da pena. Ainda, observa que, por afetar a privacidade, é necessário cautela na sua aplicação, que deve observar o princípio da proporcionalidade.

Palavras-chaves: Estado Democrático de Direito, controle social, monitoramento eletrônico, custos do sistema penal, direito à privacidade.

SIGLAS E ABREVIATURAS

CRFB – Constituição da República Federativa Brasileira

CPP – Código de Processo Penal

LEP – Lei de Execução Penal

ME – Monitoramento eletrônico

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1 CONSTITUIÇÃO E CONTROLE SOCIAL.....	10
1.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	10
1.1.1 Estado Democrático de Direito.....	10
1.1.2 Direitos fundamentais: funções e denificação.....	13
1.1.3 A Dignidade da Pessoa Humana no Estado Democrático de Direito.....	16
1.2 ESFERA PÚBLICA X ESFERA PRIVADA.....	19
1.3 CONTROLE SOCIAL E SISTEMA PENAL.....	28
2 O MONITORAMENTO ELETRÔNICO.....	36
2.1 SURGIMENTO DO MONITORAMENTO ELETRÔNICO.....	36
2.2 FINALIDADES, OPÇÕES TÉCNICAS E SISTEMAS	42
2.2.1 Finalidades	42
2.2.2 Opções técnicas e Sistemas.....	44
2.3 MONITORAMENTO ELETRÔNICO NO REGIME BRASILEIRO.....	49
2.3.1 Lei de execução penal.....	50
2.3.2 Medida cautelar.....	54
2.3.3 Monitoramento eletrônico no anteprojeto do Novo Código de Processo Penal.....	56
3 (DES) RAZÕES DO MONITORAMENTO	59
3.1 EXPANSIONISMO DO DIREITO PENAL X CUSTOS DO SISTEMA	59
3.1.1 O monitoramento eletrônico como expansionismo do controle penal sob o argumento de redução de custos.....	59
3.1.2 A falácia da redução de custos do sistema brasileiro.....	66
3.2 DIREITO À INTIMIDADE E MONITORAMENTO	70
3.2.1 Direito fundamental à intimidade.....	70
3.2.2 Monitoramento eletrônico e intimidade.....	73
3.3 EXPERIÊNCIAS NO BRASIL E NO MUNDO.....	83
3.3.1 América Anglo-Saxônica.....	83
3.3.2 Europa.....	86
3.3.3 Experiências brasileiras.....	93
CONCLUSÃO.....	101
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	103

INTRODUÇÃO

Em um Estado Democrático de Direito, é essencial a observância dos direitos fundamentais, que consistem em verdadeiro limite à atuação estatal, sob pena de ficar caracterizado um Estado de Totalitário. Isso porque o Estado não é um fim em si mesmo, mas sim um instrumento que deve visar a proteção da dignidade da pessoa humana, cuja efetivação passa pelo respeito a esses direitos.

Assim, qualquer intervenção da esfera pública no âmbito privado, necessita de justificativa e pode ocorrer apenas naqueles aspectos em que a interferência na conduta do indivíduo seja de fato relevante para a sociedade como um todo. O controle social deve, então, ser exercido pelo poder estatal, apenas quando estritamente necessário e no intuito de garantir e assegurar os direitos fundamentais, observando os limites impostos por estes.

Outrossim, observa-se que a sociedade neoliberal amplia a malha do controle penal, sob o argumento da eficiência, combatendo apenas os efeitos da criminalidade - com a ideia de “gestão dos riscos” -, ao invés de preocupar-se com sua causa.

Nesse contexto, surge nos Estados Unidos o monitoramento eletrônico de presos, podendo ser aplicado com a finalidade de detenção, restrição e vigilância, sendo que são vários os equipamentos que podem ser utilizados, como tornozeleiras, pulseiras e até mesmo *microchips* implantados na pele do indivíduo vigiado. Os sistemas, que consistem na forma como é efetuado o controle do indivíduo, podem classificar-se em passivo, ativo ou misto, podendo ou não fazer uso do GPS.

Com efeito, os defensores da monitoração eletrônica defendem a aplicação da medida com a justificativa de reduzir a população carcerária e os custos do sistema penal, bem como humanizar o cumprimento da pena.

Nesse ponto, reside a questão central desse estudo: que o monitoramento eletrônico consiste, na realidade, em uma expansão do controle penal, sendo certo que nem sempre reduz os custos do sistema – como é o caso do monitoramento eletrônico adotado durante a execução da pena no Brasil.

Além disso, trata-se de um novo tipo de pena, que afeta o direito fundamental à privacidade– aspecto da dignidade da pessoa humana-, motivo pelo qual sua aplicação necessita ser feita com cautela e observado o princípio da proporcionalidade, sob pena de que, com o constante desenvolvimento das possibilidades tecnológicas, aliado à ideia

neoliberal de gestão dos riscos, o Estado se torne onipresente e onipotente, ou seja, um verdadeiro Estado de Polícia.

Inicialmente, o trabalho aborda o papel desempenhado pelos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito, expondo a dignidade da pessoa humana como valor supremo do ordenamento jurídico. Expõe-se, ainda neste primeiro capítulo, a aparente tensão entre a esfera pública e a privada e quando seria justificável a intervenção no âmbito privado em razão de um “interesse público”. Assim, analisa-se brevemente o fenômeno da expansão do controle social, com o agigantamento do Estado Penal em detrimento do Estado Social.

Em seguida, no segundo capítulo, examina-se como surgiu o monitoramento eletrônico, bem como as finalidades para as quais pode ser adotado, as opções técnicas e os sistemas de vigilância eletrônica. Neste capítulo, analisa-se ainda a legislação brasileira sobre o tema, notadamente as Leis nº 12.258/10 e nº 12.403/11, expondo as hipóteses de aplicação da medida no país – durante a saída temporária no regime semiaberto, prisão domiciliar e como medida cautelar alternativa à prisão preventiva.

Por sua vez, aborda-se, no terceiro capítulo, o monitoramento eletrônico no cenário de expansão do controle social por meio do sistema penal, sob o argumento da redução de custos do sistema. Ainda, trata-se da questão da intervenção na privacidade dos indivíduos, ressaltando a importância da observação da proporcionalidade da medida. Por fim, discorre-se sobre algumas experiências internacionais e em alguns estados brasileiros.

Com essas considerações, infere-se que o monitoramento eletrônico representa o expansionismo do direito penal, além de afetar a privacidade do monitorado, consistindo em uma nova espécie de pena, sendo certo que as inovações tecnológicas representam um risco de controle total por parte do Estado se não foram limitadas pela observância dos direitos fundamentais.

1 CONSTITUIÇÃO E CONTROLE SOCIAL

1.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

1.1.1 Estado Democrático de Direito

Para que os valores do Estado Democrático de Direito se concretizem é imperiosa a observância dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, que constituem verdadeiros limites à atuação Estatal, bem como são essenciais instrumentos de concretização dos valores humanos, sobretudo da dignidade humana.

Ao discorrer sobre Democracia e Estado Democrático de Direito, José Afonso da Silva (2009, p. 112), aduz que:

A democracia, como realização de valores (igualdade, liberdade e dignidade da pessoa) de convivência humana, é conceito mais abrangente do que o de Estado de Direito, que surgiu como expressão jurídica da democracia liberal. A superação do liberalismo colocou em debate a questão da sintonia entre Estado de Direito e a sociedade democrática. A evolução desvendou sua insuficiência e produziu o conceito de Estado Social de Direito, nem sempre de conteúdo democrático. Chega-se agora ao Estado Democrático de Direito que a Constituição acolhe no art. 1º como um conceito chave do regime adotado (...).

Mais adiante, o autor supramencionado (2009, p. 178) conceitua a expressão *direitos fundamentais do homem*, argüindo que se referem à princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento, bem como é uma expressão utilizada também para designar, no direito positivo, prerrogativas e preposições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de pessoas. O autor salienta que o qualificativo *fundamentais* reflete que referidos direitos se tratam de situação jurídica sem a qual a pessoa humana não se realiza nem convive e tampouco sobrevive.

Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco ao conceituarem Estado Democrático de Direito, no plano das relações entre o indivíduo e o Poder, aduzem que “considera-se democrático aquele Estado de Direito que se empenha em assegurar aos seus cidadãos o exercício efetivo não somente dos direitos civis e políticos,

mas também e sobretudo dos direitos econômicos, sociais e culturais, sem os quais de nada valeria a solene proclamação daqueles direitos” (2008, p. 149).

Sobre a importância da democracia, Auri Lopes Júnior aduz que consiste no fato de que ela se manifesta em todas as esferas da relação entre o indivíduo e o Estado caracterizando um sistema *‘político-cultural que valoriza o indivíduo frente ao Estado’*. Dessa forma, o autor ressalta que há uma democratização do processo penal, pois na medida em que valoriza o indivíduo, a democracia fortalece o sujeito passivo do processo penal (LOPES JR., 2010, p. 12).

No mesmo sentido, Giuseppe Betiol (2011, p. 174) aduz que a democracia significa a revalorização do homem “en toda la complicada red de las instituciones procesales que solo tienen un significado si se entienden por su naturaleza y por su finalidad política y jurídica de garantía de aquel supremo valor que no puede nunca venir sacrificado por razones de utilidad: El hombre”.

Mister ressaltar, nesse ponto, a importância do movimento neoconstitucionalista, que teve início com o fim da Segunda Guerra Mundial e é responsável por uma evolução no âmbito constitucional, na medida que valoriza a supremacia da Constituição e dos Princípios Constitucionais, elencando-os como fundamento de validade formal e material de todo o ordenamento jurídico.

Sobre o neoconstitucionalismo, Ingo Wolfgang Sarlet enfatiza que um dos principais fenômenos dessa evolução é a constitucionalização da “afirmação da supremacia da Constituição e da valorização da força normativa dos princípios e dos valores que lhe são subjacentes, de toda a ordem jurídica” (2010, p. 14).

O debate propriamente dito na doutrina e na jurisprudência é relativamente recente no Brasil pois a atual Constituição foi promulgada apenas em 1988, após quase 20 anos de regime militar, sendo que apenas então a Constituição e os Direitos Fundamentais passaram novamente a ser levados a sério, como fonte primária e vinculativa do ordenamento (SARLET, 2010, p. 14).

Isso porque a constituição anterior (1967/69) não poderia ser utilizada para o debate acerca do neoconstitucionalismo, uma vez que não possuía legitimidade democrática, tendo sido outorgada pelo regime totalitarista militar. Efetivamente, não há que se falar em prevalência e respeito aos direitos e garantias fundamentais em um Estado Autoritário, sendo que tais características estão na essência do Estado Democrático de Direito (SARLET, 2010, p. 14).

Com feito, Sarlet leciona que a Constituição de 1988 elencou um extenso rol de “posições jurídicas” designadas de fundamentais, entre elas, a dignidade da pessoa humana, elencada como fundamento da República. O autor afirma que os direitos e garantias fundamentais devem ser considerados como tal – fundamentais – em virtude de terem sido elencados pelo Constituinte, motivo pelo qual teriam uma presunção de fundamentalidade, tanto no que se refere aos direitos e deveres individuais e coletivos, quanto os direitos sociais, de nacionalidade e políticos (2010, p. 16).

Ademais, o autor ressalta que a Constituição atual distingue *direitos humanos*, que seriam os pertencentes a qualquer pessoa humana, reconhecidos e tutelados pelo direito positivo internacional, e os *direitos fundamentais*, que seriam os positivados no âmbito da constituição. Outrossim, a distinção não excluía do âmbito dos direitos fundamentais aqueles direitos humanos previstos nos tratados internacionais, uma vez que incorporados corretamente ao ordenamento jurídico interno, alcançariam *status* de direitos e garantias fundamentais, conforme art. 5º, §2 da Constituição de 1988 (2010, p. 17).

Por sua vez, Luigi Ferrajoli, em sua proposta do Garantismo Jurídico, diz que o respeito à dignidade da pessoa humana, e conseqüentemente de seus direitos fundamentais, constituem a base da Teoria Geral do Garantismo, uma vez que a prática jurídica está sujeita, formal e materialmente aos conteúdos constitucionais. Alexandre Moraes da Rosa, ao discorrer sobre o modelo de Direito preconizado por Ferrajoli, aduz que

(...) diante da complexidade contemporânea, a legitimação do *Estado Democrático de Direito* deve suplantar a mera *democracia formal*, para alcançar a *democracia material*, na qual os *Direitos Fundamentais* devem ser respeitados, efetivados e garantidos, sob pena de deslegitimação paulatina das instituições estatais. Dito de outra forma, em face da supremacia dos direitos positivados no corpo de Constituições rígidas ou nela referidos (CR, art. 5º, §2º), como a brasileira de 1988, e do *princípio da legalidade*, a que todos os poderes estão submetidos, surge a necessidade de garantir esses direitos a todos os indivíduos, principalmente os processados criminalmente, pela peculiar situação que ocupam (mais fracos ante o poder estatal) (2005, p. 15).

Destarte, inegável a importância dos Direitos Fundamentais em um Estado Democrático de Direito, que devem ser respeitados, na medida em que consistem em instrumento para proteção da dignidade da pessoa humana. Isso porque esses direitos atuam como verdadeiros limites à atuação Estatal, bem como deveres a serem observados pelo Estado. Apenas com a observância desses direitos é que haverá, verdadeiramente, além de um Estado de Direito, um Estado Democrático.

1.1.2 Direitos fundamentais: funções e denificação

No tocante à função desempenhada pelos direitos fundamentais, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, lecionam que as principais tentativas de classificação consistem na Teoria dos quatro *status* de Jellinek; na distinção entre direitos de defesa e direitos de prestação; e na classificação que contempla as dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais (2008, p. 254-255).

Acerca da dimensão subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais, os autores supramencionados anotam que a dimensão subjetiva consiste em uma pretensão para que se adote um determinado comportamento, pois correspondem à exigência de uma prestação negativa ou positiva (2008, p. 265). No tocante à dimensão objetiva, lecionam que:

A dimensão objetiva resulta do significado dos direitos fundamentais como princípios básicos da ordem constitucional. Os direitos fundamentais participam da essência do Estado de Direito democrático, operando como limite do poder e como diretriz para a sua ação. As constituições democrática assumem um sistema de valores que os direitos fundamentais revelam e positivam. Esse fenômeno faz com que os direitos fundamentais influam sobre todo o ordenamento jurídico, servindo de norte para a ação de todos os poderes constituídos.

Os direitos fundamentais, assim, transcendem a perspectiva da garantia de posições individuais, para alcançar a estatura de normas que filtram os valores básicos da sociedade política, expandindo-os para todo o direito positivo. Formam, pois, a base do ordenamento jurídico de um Estado democrático. (2008, p. 266).

Quanto à classificação dos direitos fundamentais em direitos de defesa e direitos de prestação, tem-se que os primeiros consistem na função que os direitos fundamentais possuem de limitar a atuação estatal, enquanto os direitos de prestação representam obrigações positivas do Estado em prol dos indivíduos. Logo, os direitos fundamentais

(...) por um lado, indicam obrigações positivas ao Estado no âmbito social, e, de outro, limitam negativamente a atuação estatal, privilegiando a liberdade dos indivíduos. Esses *Direitos Fundamentais*, longe de românticas declarações de atuação do Estado, representam o substrato da *democracia material-constitucional*. Significam a extensão de liberdades e de direitos em sentidos opostos, mas direcionados, ambos, à realização das promessas constitucionais. Seriam válidos em qualquer filosofia política ou jurídica, vinculando os poderes pelo princípio hierárquico e da legalidade, espalhando efeitos para o futuro (ROSA, 2005, p. 21).

Por fim, no que tange à teoria dos quatro *status* do indivíduo perante o Estado, elaborada no final do século XIX por Jellinek, o indivíduo teria 4 “status” perante o Estado: o *passivo*, pois se encontra subordinado ao Estado, na medida em que é detentor de deveres em relação a este; o *negativo*, pois goza de um espaço de liberdade perante as ingerências do Estado; o *positivo*, pois tem o direito de exigir que o Estado atue em seu favor, de forma positiva e o *ativo*, uma vez que pode influenciar na formação da vontade do Estado mediante o exercício de direitos políticos (ALEXY, 2008, p. 255).

Mas, quais são então esses direitos fundamentais? Conforme mencionado alhures, para Sarlet, são Direitos Fundamentais aqueles elencados na Constituição, bem como aqueles previstos em tratados internacionais que foram incorporados pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Ferrajoli, por sua vez, ao discorrer sobre os fundamentos dos direitos fundamentais, analisa quatro perguntas: “quais são?”, “quais devem ser?”, “o que são os direitos fundamentais?” e “quais direitos, por que razões, através de que procedimentos e que com que grau de efetividade são garantidos como fundamentais?”. O autor atribui a resposta a cada uma das perguntas a diferentes disciplinas. A análise dessas questões é importante para uma melhor compreensão de tais direitos, motivo pelo qual mister transcrever os ensinamentos do autor:

Las tres cuestiones anteriores – a) cuáles son, b) cuáles deben ser y c) qué los son los derechos fundamentales – pertenecen, por otra parte, al igual que las respectivas respuestas, a tres tipos distintos de discurso que – para evitar equívocos e falsas divergencias – deben distinguirse rigurosamente. Estos tres tipos de discurso corresponden a otras tantas disciplinas: α) la *ciencia jurídica positiva*, entendida como análisis empírico de las normas de derecho positivo de un determinado ordenamiento, sea estatal o internacional; β) la *filosofía política* o de la justicia, entendida como doctrina normativa en torno a valores ético-políticos que merecen o requieren ser tutelados como derechos fundamentales; γ) la *teoría del derecho*, entendida como sistema de conceptos e afirmaciones idóneos para denotar y explicar las formas y estructuras del derecho positivo.

Hay, finalmente, un cuarto sentido de nuestra pregunta, así como una cuarta posible aproximación al tema de los derechos fundamentales, que se refiere a su concreta fenomenología empírica: d) «¿qué derechos, por que razones, a través de qué procedimientos y con qué grado de efectividad son, de hecho, garantizados, como fundamentales?». Esta pregunta parece al ámbito δ) de la *sociología del derecho* y, por otro lado, de la *historiografía jurídica*. Y admite, por consiguiente, respuestas empíricas susceptibles de argumentarse como verdaderas, no ya con referencia a las normas que confieren derechos en un determinado ordenamiento, sino a lo que, de hecho, ocurre o ha ocurrido en el mismo. A las luchas sociales y a los procesos políticos a través de los cuales tales derechos han sido, primero, afirmados y reivindicados, y luego, conquistados y consagrados como fundamentales en las leyes o en las constituciones. A las condiciones económicas, sociales, políticas y culturales de su implementación. Al grado, en fin,

de tutela efectiva que, de hecho, les otorga el concreto funcionamiento del ordenamiento objeto de estudio (FERRAJOLI, 2001, p. 290-291).

Isto posto, no que tange aos objetivos do presente trabalho, importa o discurso relativo aos direitos fundamentais pertencente à disciplina da ciência jurídico positiva e da teoria do direito, que respectivamente respondem as questões “quais são?” e “o que são direitos os direitos fundamentais?”. A resposta à primeira pergunta, para Ferrajoli, conforme supracitado, consiste na mesma resposta de Sarlet, ou seja, são os direitos fundamentais positivados, seja na Constituição ou em tratados internacionais (2001, p. 291).

Quanto à resposta para a segunda pergunta (“o que são direitos fundamentais?”), que se encontra no âmbito da teoria do direito, Ferrajoli afirma que são fundamentais aqueles direitos subjetivos que as normas de um determinado ordenamento jurídico atribuem universalmente a todos enquanto pessoas, cidadãos e/ou com capacidade de fato (2001, p. 291). O autor explica que entende “direito subjetivo” como qualquer expectativa de atos jurídicos, ou seja, trata-se de uma expectativa positiva de prestações ou de uma expectativa negativa de não haver lesões em face do Estado (2001, p. 19).

Alexandre Morais da Rosa, seguindo a proposta de Ferrajoli, leciona que

há de se reconhecer o sentido e o papel dos *Direitos Fundamentais* na dimensão substancial da *democracia*, ao invés da meramente formal. Os *Direitos Fundamentais* se constituem, pois, como vínculos substanciais normativamente impostos, tidos como necessidade de todos, razão de ser do Estado. O que são *Direitos Fundamentais* somente pode ser respondido *a posteriori*, não obstante as características gerais, eis que somente assim está a salvo das deliberações da maioria ou do ‘Mercado’. Nenhum contrato pode dispor sobre a vida ou mesmo sobre as garantias processuais, como, por exemplo, nenhuma pessoa pode ser condenada sem provas ou por meio de provas ilícitas. Os *Direitos Fundamentais* formam a esfera do *indecidível*. O paradigma da democracia constitucional não é outro senão o da sujeição ao direito gerado por essa dissociação entre ‘vigência’ e ‘validade’, entre ‘mera legalidade’ e ‘estrita legalidade’, entre ‘forma’ e ‘substância’, entre ‘legitimação formal’ e ‘legitimação substancial’. Os *Direitos Fundamentais* funcionam como parâmetros de (des)legitimação dos Estados. Ademais, esses *Direitos Fundamentais* estão garantidos por uma rigidez absoluta que impede que eventuais majorias os modifiquem, naquilo que a Teoria Constitucional preconiza como cláusulas pétreas (CR/88, art. 60, §4º, IV), como tais, invioláveis (2005. p. 20/21)

Os direitos fundamentais resultam de um processo de evolução histórica, que englobam desde direitos de primeira geração, frutos da revolução francesa, até direitos de quinta geração, reconhecidos atualmente por Paulo Bonavides.

Sobre as gerações ou dimensões dos direitos fundamentais, Peña de Moraes identifica a primeira geração como direitos de liberdade, caracterizados por um dever de

abstenção de atuação do Estado Liberal, visando à proteção da “esfera de ação própria” dos indivíduos. A segunda geração, por sua vez, consiste nos direitos de igualdade, que se referem a direitos que impõe uma prestação - ação -, por parte do Estado Social, em atendimento às necessidades culturais, econômicas ou sociais. A terceira geração, segundo o autor, diz respeito à “fraternidade ou solidariedade, tal como os direitos à comunicação, desenvolvimento, meio ambiente equilibrado e sadio, paz mundial e proteção do domicílio artístico e cultural, em ordem a possibilitar a defesa internacional dos direitos humanos”. Por fim, a quarta geração é composta por direitos decorrentes dos avanços da engenharia genética, e, segundo Paulo Bonavides, direitos decorrentes da globalização política, como democracia direta, informação e pluralismo (MORAES, 2010, p. 511/512).

Os direitos e garantias fundamentais são regulados pela Constituição de 1988, ambos no Título II. Sobre a distinção entre esses dois conceitos, tem-se que os *direitos* correspondem às disposições meramente declaratórias, enquanto que as *garantias* dizem respeito às disposições assecuratórias, podendo acontecer que, em um mesmo artigo constitucional, ocorra a fixação da garantia, com a declaração do direito (SILVA, 2009, p. 186).

No mesmo sentido, Alexandre Moraes da Rosa, ao abordar as teses propostas por Ferrajoli em relação aos Direitos Fundamentais, menciona a relação entre *direitos* e *garantias*, aduzindo que os *direitos* são garantias primárias – expectativas positivas (obrigações de prestação) ou negativas (proibição de lesão) – e as *garantias* decorrem da violação das garantias primárias (direitos), consistindo na reparação ou sancionamento judicial, motivo pelo qual são garantias secundárias. Assim, para a que os direitos sejam observados/efetivados, necessária a existência das garantias (2005, p. 18/19).

1.1.3 A Dignidade da Pessoa Humana no Estado Democrático de Direito

Os direitos fundamentais limitam a atuação estatal, visando sempre fomentar e proteger a dignidade da pessoa humana. Sarlet (2011, p. 74), sobre a dignidade da pessoa humana, diz que é “(...) um valor-guia não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda a ordem jurídica (constitucional e infraconstitucional), razão pela qual para muitos se justifica

plenamente sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológica-valorativa”.

Em seguida, referido autor, quando trata de conflitos entre princípios e direitos que são assegurados pela constituição diz que “o princípio da dignidade da pessoa humana acaba por justificar (e até mesmo exigir) a imposição de restrições a outros bens constitucionalmente protegidos.” (SARLET, *op. cit.*, p. 115). A dignidade da pessoa humana constitui a base dos direitos fundamentais e justifica a existência do Estado (SUMARRIVA, 2012, p. 89).

Assim, fica clara a importância dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito, uma vez que estes direitos tem por fim último o fomento da dignidade da pessoa humana, que consiste em valor supremo da democracia, sendo elencado como fundamento da República Federativa do Brasil pela Constituição Brasileira de 1988 (art. 1º, III).

Maria Celina Bodin de Moraes, ao discorrer sobre a *expressão jurídica da dignidade da pessoa humana* aduz que ao direito não cabe determinar seu conteúdo, tarefa que deve ser desenvolvida com recurso à filosofia, à Política e à História, de maneira que

O Direito enuncia o princípio, cristalizado na consciência coletiva (*rectius*, na história) de determinada comunidade, dispondo sobre sua tutela através de direitos, liberdades e garantias que a assegurem. Esclareça-se que não se trata de adotar uma posição jusnaturalista, mas de ressaltar que, evidentemente, antes de se incorporar tal princípio às Constituições, foi imperioso que se reconhecesse o ser humano como sujeito de direitos e, assim, detentor de uma “dignidade” própria, cuja base lógica é o universal direito da pessoa humana a ter direitos” (2010, p. 118).

Dessa forma, a dignidade humana, embora prevista pela Constituição, não é criação desta, que apenas consagrou o princípio como fundamento da ordem jurídica democrática. Assim, a autora aduz que “*da mesma forma que Kant estabeleceu para a ordem moral, é na dignidade humana que a ordem jurídica (democrática) se apoia e constitui-se*” (2010, p. 119). Outrossim, ressalta a importância de conceituar a dignidade da pessoa humana, para que este princípio não tenha um grau elevado de abstração que impeça sua aplicação no caso concreto, dispondo que

Para que se extraiam as consequências jurídicas pertinentes, cumpre retornar por um instante aos postulados filosóficos que, a partir da construção kantiana, nortearam o conceito de dignidade como valor intrínseco às pessoas humanas. Considera-se, com efeito, que, se a humanidade das pessoas reside no fato de serem elas racionais, dotadas de livre arbítrio e de capacidade para interagir com os outros e com a natureza – sujeitos, por isso, do discurso e da ação –, será

“desumano”, isto é, contrário à dignidade humana, tudo aquilo que puder reduzir a pessoa (o sujeito de direitos) à condição de objeto.
(...) São corolários desta elaboração os princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral – psicofísica –, da liberdade e da solidariedade (2010, p. 118).

Francisco Fernández Segado elenca a dignidade da pessoa humana como valor jurídico fundamental do constitucionalismo no período pós Segunda Guerra Mundial. Isso porque, conforme o autor, os horrores praticados durante a Segunda Guerra Mundial impactaram toda a humanidade. Com efeito:

Uno de los rasgos sobresalientes del constitucionalismo de la segunda posguerra es la elevación de la dignidad de la persona a la categoría de núcleo axiológico constitucional, y por lo mismo, a valor jurídico supremo del conjunto ordinamental, y ello con carácter prácticamente generalizado y en ámbitos socio-culturales bien dispares, como muestran los ejemplos que más adelante ofrecemos. Esta circunstancia tiene una explicación fácilmente comprensible. Los horrores de la Segunda Guerra Mundial impactarían de tal forma sobre el conjunto de la humanidad, que por doquier se iba a generalizar un sentimiento de rechazo, primero, y de radical rectificación después, que había de conducir en una dirección que entendemos sintetiza con meridiana claridad el párrafo 1 del Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, en que puede leerse lo que sigue:
“Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana” (2007, p. 87).

Diante do exposto, fica claro que o Estado não é um fim em si mesmo, mas sim instrumento que possui a finalidade de tutelar os direitos fundamentais da pessoa humana. Norberto Bobbio, ao discorrer sobre o sistema penal do garantismo no prefácio da obra de Luigi Ferrajoli (2002, p. 11), enfatiza que as sugestões avançadas de reforma no ordenamento, sobretudo as relativas à pena, decorrem da teoria liberal, a qual preconiza nas relações entre Estado e indivíduo, que primeiro vem este e apenas depois aquele. Isso porque o Estado é, ou deve ser, apenas um meio, cuja finalidade é a proteção da pessoa humana, de seus direitos fundamentais de segurança coletiva e liberdade.

É por essa razão que Ferrajoli ressalta a necessidade de que, para um norma ser válida nos Estados modernos, além de ser emanada por autoridade competente (validade formal), necessita estar em conformidade com as normas superiores. Portanto, para a norma ser válida, ela deve estar de acordo com a Constituição que, nos estados constitucionais modernos, prima pela proteção aos direitos fundamentais. Com efeito, o autor dispõe que:

De fato tem acontecido, na formação dos modernos estados constitucionais, que o direito positivo tem incorporado grande parte dos conteúdos ou valores de justiça elaborados pelo jusnaturalismo racionalista e iluminista: o princípio da igualdade,

o do valor da pessoa humana, dos direitos civis e políticos, e, ademais, quase todas as garantias penais e processuais penais de liberdade e de certeza enumeradas no nosso sistema SG. Todos esses princípios, afirmados pelas doutrinas jusnaturalistas dos séculos XVII e XVIII na forma de direito ou direitos naturais, foram consagradas nas modernas constituições na forma de princípios normativos fundamentais que contêm limitações ou imperativos negativos – ou também positivos, como os expressados pelos chamados “direitos sociais” ou “materiais” (ao trabalho, à saúde, à subsistência, à educação, etc.), acrescentados nas constituições deste século-, cujos destinatários são os legisladores e os demais poderes públicos. Em particular, os chamados direitos “invioláveis” da pessoa, direitos “personalíssimos” ou “indisponíveis” não são mais que a forma jurídica positiva que os direitos naturais, teorizados como pré ou meta ou suprajurídicos nas origens do Estado moderno, têm assumido como “direitos subjetivos” na Constituições modernas. (...) **O fundamento político ou externo do moderno Estado de direito tem, com efeito, a função de garantia dos direitos fundamentais** mediante a sanção de anulabilidade dos atos inválidos: das leis, por violação das normas constitucionais; dos atos administrativos e decisões judiciais, por violação das leis constitucionalmente válidas. (2002, p. 287/288) *(grifei)*

Isso ocorre porque, segundo o autor supracitado, a transformação do súdito em cidadão ocorre concomitantemente à transformação do Estado absoluto em Estado de direito, sendo que o cidadão passa a ser um titular de direitos não mais “naturais”, mas sim “constitucionais” em relação ao Estado, que passa a ter sua atuação vinculada a estes direitos (FERRAJOLI, 2002, p. 690).

Clara, portanto, a função limitadora desempenhada pelos direitos fundamentais, com vistas sempre à proteção da dignidade da pessoa humana, sob pena de ser ilegítima a atuação Estatal. Destarte, apenas com a devida observância a esses direitos é que será concretizada a democracia, em seu sentido material, no Estado Democrático de Direito brasileiro.

1.2 ESFERA PÚBLICA X ESFERA PRIVADA

A luta entre a liberdade dos indivíduos e a autoridade é algo que se destaca nas épocas mais conhecidas nas histórias da Grécia, Roma e Inglaterra. Antigamente, essa disputa acontecia entre os súditos ou entre algumas classes de súditos e o governo. A liberdade era entendida como a proteção contra a tirania dos governos políticos, os quais possuíam necessariamente interesses antagônicos com o povo governado. Assim, os patriotas lutavam para fixar limites ao poder que o governante tinha sobre a comunidade, e isso se dava mediante o reconhecimento de direitos políticos que os governos não podiam infringir e de freios constitucionais – mediante os quais o consentimento da comunidade ou

de seus representantes era condição necessária para realizar os atos mais importantes do poder governante (MILL, 2006, p. 17/19).

Entretanto, conforme destaca John Stuart Mill, chegou um momento em que os homens deixaram de considerar que os governantes deveriam ser um poder independente por ter interesses opostos aos seus. Pareceu-lhes melhor que os governantes fossem mandados pelos governados, sendo que apenas dessa forma estes teriam segurança de que aqueles não abusariam do poder. Por esta razão, surgiu a necessidade de que os governantes fossem eleitos e temporários (2006, p. 19). A República democrática passou, assim, a ocupar a maior parte da superfície terrestre

En ese momento se vio que frases como “el poder sobre sí mismo” y “el poder de los pueblos sobre sí mismos” no expresaban la verdadera situación de las cosas. El pueblo que ejerce el poder no siempre es el mismo pueblo sobre el que se ejerce el poder, y el “gobierno de sí mismo” del que se habla no es el gobierno de cada uno por todos los demás. Además, la voluntad del pueblo significa, en realidad, la voluntad de la porción más numerosa o más activa del pueblo, de la mayoría, o de aquéllos que consiguen que se les acepte como mayoría. O sea, el pueblo puede desear oprimir a una parte de sí mismo, y las precauciones contra esto son tan útiles como contra cualquier abuso de poder. Por este motivo, es importante conseguir la limitación del poder del Gobierno sobre los individuos, incluso cuando los gobernantes sean con regularidad responsables ante la comunidad, es decir, ante la parte más fuerte de la comunidad. (...) Ya se incluye “la tiranía de la mayoría” entre los males contra los que a sociedad debe mantenerse en guardia” (MILL, 2006, p. 21/22).

Nesse momento, evidenciou-se que nem sempre o povo governado é aquele que exerce o poder e que a vontade do povo é, na realidade, a vontade da maioria ou da parcela mais “poderosa” da população. Dessa forma, é preciso cautela com a “tirania da maioria”, pois com isso se justifica qualquer decisão. Quando a sociedade se converte em tirano – em relação aos indivíduos que a compõe – pode executar seus próprios decretos, sejam maus, bons ou sobre coisas que não deveria intervir, fazendo com que exerça uma tirania ainda mais forte que muitas opressões políticas pois penetra muito mais nos detalhes da vida e inclusive chega a aprisionar a alma (MILL, 2006, p. 22).

John Stuart Mill adverte que no momento em que a maioria da população passa a considerar que o poder do Estado é seu próprio poder e que as opiniões do Estado são suas opiniões, a liberdade individual fica tão exposta a ser invadida pelo governo como já o é pela opinião pública (2006, p. 23).

Para resolver a questão, o autor supracitado proclama um princípio capaz de resolver as relações entre a sociedade e o indivíduo no tocante ao controle social, aduzindo que esse princípio consiste em afirmar que o único fim que autoriza os homens a limitar a liberdade

individual de qualquer indivíduo é a própria defesa. Com efeito, o autor supramencionado afirma que:

El objeto de este ensayo es proclamar un principio muy sencillo, encaminado a regir de modo absoluto las relaciones de la sociedad con el individuo, en todo aquello que sea compulsión o control, bien se aplique la fuerza física, en forma de penas legales, o la coacción moral de la opinión pública. Este principio consiste en afirmar que el único fin que autoriza a los hombres, individual o colectivamente, a turbar la libertad de acción de cualquiera de sus semejantes es la propia defensa; la única razón legítima para usar de la fuerza contra un miembro de una comunidad civilizada es la de impedirle perjudicar a otros; pero el bien de este individuo, sea físico, sea moral, no es razón suficiente (2006, p. 29/30)

Há no mundo uma forte tendência a ampliar, de maneira indevida, o poder da sociedade sobre o indivíduo, seja através da opinião pública, seja através da legislação. Dessa forma, como todas as mudanças que acontecem tem por objeto aumentar a força da sociedade e diminuir o poder do indivíduo, essa intromissão é um mal que tende a ficar cada vez maior (MILL, 2006, p.36). Portanto, consoante mencionado alhures, é necessário que nos assuntos que não dizem respeito diretamente à coletividade, seja preservada a individualidade.

Acerca de qual seria o justo limite da soberania do indivíduo sobre si mesmo e onde começa a soberania da sociedade, John Stuart Mill afirma que no campo da individualidade está a parte da vida em que o indivíduo é o principal interessado, e no da sociedade, a parte em que ela mesma tem interesse (2006, p. 126). E prossegue sustentando que mesmo que a sociedade não esteja fundada sobre um contrato, todo indivíduo que nela se insere deve ser obrigado a observar uma linha de conduta com os demais, não prejudicando os interesses destes (2006, p. 126). Entretanto, o indivíduo não deve sofrer limitações ou ser castigado quando sua conduta não afeta os interesses dos demais ou apenas os desagrada, não prejudicando-os necessariamente (2006, p. 127).

Destarte, é o indivíduo quem mais tem interesse no seu próprio bem estar, pois

(...) el interés que cualquier otra puede tener en ello, excepto en casos de una íntima adhesión personal, es insignificante comparado con el que él mismo tiene; el interés que la sociedad tiene por él, individualmente (excepto en lo que toca a su conducta para con los demás), es fragmentario a la vez que indirecto (MILL, 2006, p. 128).

Na conduta dos seres humanos entre si, portanto, é preciso a observância de normas gerais, outrossim, no que diz respeito a cada pessoa, sua espontaneidade individual tem direito de ser exercida livremente. Os erros que possam ser cometidos pela pessoa em sua

esfera privada, são compensados pelo mal de permitir que os demais imponham-lhe o que eles consideram mais benéfico para ela (MILL, 2006, p. 129).

Assim, o principal argumento contra a intervenção do público na esfera privada é que, quando isso acontece, é feito de forma distorcida e descontextualizada, pois

(...) la opinión de esta mayoría imposta como ley sobre la minoría, en cuestiones de conducta personal, tiene absolutamente las mismas probabilidades de ser acertada o equivocada, ya que en estos casos la opinión pública significa, al máximo, la opinión de unos quantos respecto a lo que es bueno o malo para otros; y, con frecuencia, ni siquiera representa eso, porque el público pasa con indiferencia sobre el placer y la conveniencia de aquellos mismos cuya conducta censura, y no considera más que su propia preferencia. (...) (MILL, 2006, p. 139)

Nesse ponto, o autor salienta que há vários exemplos de que uma das maiores tendências universais da humanidade consiste em estender os limites do que se pode chamar de polícia moral, até o ponto em que choque com os liberdades mais legítimas do indivíduo. Ele exemplifica citando a liberdade de crença, que até recentemente era limitada, legalmente, por várias nações (MILL, 2006, p. 141).

Observa-se que durante o século XX, as práticas sociais eram legitimadas por valores estáveis que não subsistem atualmente. No século atual, diante da complexidade das relações sociais e da própria sociedade, fica clara a incapacidade do Estado em atender todas as necessidades sociais, evidenciando-se seu “fracasso” no cumprimento das funções a que se propôs em sua origem. Nesse sentido, Carlos Alberto Elbert aduz que:

La dislocación de valores estables que habían legitimado a gran parte de las prácticas sociales del siglo XX, provocó efectos anómicos y de fragmentación, cuyas consecuencias parecen estar en sus comienzos. Así, se evidenció la incapacidad estatal para atender los requerimientos sociales corporizando una solidaridad colectiva, con el consecuente descrédito de las clases dirigentes y de los políticos profesionales, la obsolescencia de muchas funciones del Estado, la corrupción y el deterioro de los poderes públicos, y el sentimiento de inseguridad jurídica acentuada en casi todos los sectores sociales (2000, p. 65).

A ideologia individualista emerge de uma sociedade que se estrutura no modo de produção capitalista, na qual os homens são iguais em oportunidades e, a partir do reconhecimento de seus interesses e da garantia do direito de propriedade, são capazes de conquistarem as condições de sua subsistência. Dessa forma é que o indivíduo teve reconhecida a autonomia de sua vontade, expressa no contrato (COUTINHO, 2006, p. 178).

Outrossim, com a intensificação das relações sociais, houve a massificação do contrato, o que acabou com a autonomia da vontade na medida em que a acumulação e

concentração do capital geraram desequilíbrio entre os contratantes. Assim, a decadência do modelo clássico de contrato ensejou uma reaproximação de um Estado Social em relação à sociedade civil, na medida em que o Estado deixou de ser um mero garantidor de uma vontade negocial livre e ocorreu a redefinição dos espaços público e privados. Destarte, constantemente ocorreram intervenções estatais para a tutela dos interesses (não mais da vontade), com a intenção de corrigir e impedir as injustiças decorrentes da liberdade contratual (p. 179/180). Logo:

A igualdade entre contratantes tornou-se permeável às novas concepções de isonomia como igualdade de oportunidades, assumindo a perspectiva de um dirigismo contratual para assunção da primazia do interesse social em detrimento do particular. Aduz Paulo Luiz Neto Lobo que o dirigismo contratual, ao transportar ao cenário jurídico as questões socioeconômicas, permitiu uma dialética aproximação entre a liberdade contratual e o controle social (COUTINHO, 2006, p. 180).

Entretanto, apesar da intervenção estatal direta no âmbito privado, visando garantir direitos com vistas ao fomento da dignidade da pessoa humana, alguns ramos do direito permaneceram *imunes* à essa mudança. Isso porque, conforme sustenta Aldacy Rachid Coutinho, no império da primazia política economicista da redução de custos são usados argumentos retóricos para restringir direitos fundamentais e reduzir a pessoa à coisa (2006, p. 172).

No tocante à política criminal, Carlos Alberto Elbert aduz que a ineficácia mais evidente do aparato estatal consiste na “renúncia ao abandono do monopólio da violência” (2000, p. 65). E afirma que, quase em sua totalidade, as políticas de segurança e controle estatal são voltadas à situações conjunturais, de emergência, pragmáticas ou deliberadamente contraditórias. Assim, a inoperância estatal, “sorda la reflexión autocrítica y ciega a la creatividad, há contribuído a convalidar la convicción colectiva de que, en la lucha por la supervivencia, todo vale y que nada razonable puede esperarse de la autoridad” (2000, p. 66).

Isso tudo evidência uma mudança na concepção contratualista e, conseqüentemente, nas teorias da defesa da sociedade. Isso porque, o Estado, após o iluminismo, assumiu a função de proteger e garantir os direitos dos cidadãos, entretanto o que acontece hoje é o gradual esvaziamento dessas finalidades. Sobre o assunto, leciona Carlos Alberto Elbert:

(...) A lo largo del siglo, la concepción contractualista y las teorías de la defensa de la sociedad, indicaban la existencia de una mayoría de población *normal*, que

debía ser protegida de una minoría agresiva y patológica. Los fines del control apuntaron más o menos explícitamente, a proteger “tanto a la sociedad como al delincuente”, mediante el encierro y debido tratamiento del segundo. Ello, a su vez, tendía a “recuperar” o “reinsertar” a los extraviados del conjunto social. Se consideraba obvio que la intervención de la ley era inexorable e igual para todos. La maquinaria legal intervenía siempre, en todos los conflictos, fueran de la clase que fueran, y tenía los recursos suficientes para lograrlo, asegurando la paz social. Es evidente que, en el 2000, aquellos fines han caducado por completo y resulta difícil creer en ellos. Probablemente el discurso iluminista sobrevive como justificativo de una concepción obsoleta en retirada, *pero ya no hay forma de demostrar que la sociedad es consensual y igualitaria o que se preocupe por la seguridad y el destino de todos los ciudadanos*. Mucho menos, que la maquinaria legal intervenga en todos los conflictos y que le interese o esté en condiciones de hacerlo.

El control tiende a la militarización y los grandes operativos, a la pena de muerte por “gatillo fácil” a las formas de violencia irregular o extra – institucional, de carácter sui- géneris, gestadas clandestinamente en los aparatos militarizados del control. Este tipo de fenómenos están tan ligados a deformaciones o a la total degeneración del sistema de seguridad social, que deben ser abarcados como objeto de estudio por la criminología (...) (2000, P. 66/67).

Dessa forma, fica clara a mudança da finalidade do controle. Se durante o século passado, com a teoria contratualista e de defesa da sociedade, os fins do controle estavam ‘teoricamente’ voltados à proteção da sociedade e também do delinquente, hoje não há preocupação com a segurança e destino de todos os cidadãos.

O controle no século em que vivemos tende à violência, na medida em que se torna cada vez mais difícil controlar a crescente parcela da população que não é “normal” e isso faz com que proceda-se à criação de tipos penais que acabam criminalizando esses “excluídos”.

É o que afirma Carlos Alberto Elbert, quando diz que ficou estabelecido “un estado de ilegalidade colectiva para una porción enorme de la población, que vive em zonas marginales, en terrenos ou casas ocupadas, sin documentación ni trabajo estable (...)”. Dessa forma, o autor conclui que nunca foi tão fácil criminalizar os excluídos, isso devido à irregularidade institucional generalizada, tanto no plano individual como no familiar e coletivo. (2000, p. 67).

Gilles Deleuze, analisando a relação entre o Estado e minorias, afirma que estas são irredutíveis ao Estado, exteriores à ele, de maneira que se apresentam como uma máquina de guerra, “polimorfa” e “difusa” (2005, p. 173). Com efeito, o autor afirma que

(...) el Estado siempre há estado en relación con un afuera y no se puede concebir independientemente de esta relación. La ley del Estado no es la del Todo o Nada (sociedades con Estado ou sociedades contra Estado), sino la de lo interior y lo exterior. El Estado es la soberanía. Pero la soberanía sólo reina sobre aquello que es capaz de interiorizar, de apropiarse localmente. (...) El afuera aparece

simultáneamente en dos direcciones: grandes máquinas mundiales, ramificadas por todo el ecumene en un momento dado y que gozan de una amplia autonomía con relación a los Estados (por ejemplo, organizaciones comerciales del tipo “grandes compañías”, o bien complejos industriales, o incluso formaciones religiosas como el cristianismo, el islamismo, ciertos movimientos de profetismo o de mesianismo, etc.); pero también mecanismos locales de bandas, márgenes, minorías, que continúan afirmando los derechos de sociedades segmentarias contra los órganos de poder de Estado (2005, p. 172-173).

O autor supracitado prossegue sustentando que apenas o pensamento é capaz de inventar a ficção de um Estado universal por direito, elevar o Estado ao universal do direito. Isso faz com que as potentes organizações extrínsecas ao Estado – minoriais/marginais e organizações supranacionais – deixem de existir e que o Estado se torne o único princípio que estabelece a distinção entre sujeiros rebeldes – aqueles que remetem ao estado natural – e sujeitos dóceis – os que se submetem à forma estatal (2005, p. 183).

(...) Si para el pensamiento es interesante apoyarse en el Estado, no menos interesante es para el Estado desplegarse en el pensamiento, y recibir de él la sanción de forma única, universal. (...) Pues, por derecho, el Estado moderno va a definirse como “la organización racional y razonable de una comunidad”: la única particularidad de la comunidad es interna o moral (*espíritu de un pueblo*), al mismo tiempo que su organización haga que contribuya a la armonía de un universal (*espíritu absoluto*). El Estado proporciona al pensamiento una forma de interioridad, pero el pensamiento proporciona a esta interioridad una forma de universalidad: “La finalidad de la organización mundial es la satisfacción de los individuos razonables dentro de los Estados particulares libres”. (...). (DELEUZE, 2005, p. 184)

Segundo Carlos Alberto Elbert, percebe-se a dissolução crescente do modelo contratual de controle, na medida em que, dia após dia, aumenta o perigo do caos e da anarquia generalizados, que se evidenciam no aumento da prática de delitos com violência armada, bem como nos frequentes confrontos com a polícia. E isso acontece porque as formas de controle social na América Latina não consideram o fator social, e pretendem assegurar a defesa de “valores comuns”, contra todos os dados da realidade e toda lógica (2000, p. 68). Com efeito:

Esas circunstancias son la coyuntura que desata la histeria político criminal de clase, generando las campañas de ley y orden repentistas y draconianas, impulsando modificaciones legales a granel, tomadas del reservorio descartado de la política criminal de décadas anteriores, o copiando los inventos de la parafernalia político criminal estadounidense, como “tolerancia cero”, estigmatización pública, ejecuciones itinerantes, silla eléctrica o inyección letal. (...)

Entiendo que los criminólogos del siglo XXI no podrán convalidar estas políticas, aplicando el argumento pseudodemocrático de “escuchar las demandas sociales”. No debe olvidarse tampoco, que con este argumento se justificam fenómenos como la televisión basura y otras muestras decadentes de la vida social. La base de toda discusión debe ser la exigencia de *una seguridad jurídica que tome realmente en cuenta a toda la sociedad, gratuita y fundamentalmente oficial, porque la seguridad como bien privado es injusta e desigual y porque las policías de plenos poderes, además de minar la democracia existente, son presupuesto indispensable de cualquier tentación posterior* (2000, p. 69/70, grifo do autor).

Assim, fica claro que uma política criminal equilibrada exige um Estado que exerça a função de garantidor face aos abusos e desigualdades sociais.

Para Carlos Alberto Elbert, a crescente violência social aumenta a repressão, surgindo uma necessidade de apelar a qualquer recurso, de maneira que acaba se retrocedendo, se for necessário, à mecanismos medievais de controle (2000, p. 70). E isso é justificado por meio de discursos oficiais que reforçam a idéia do valor abstrato das instituições e que fazem com que se desenvolvam políticas oficiais concretas tendentes a reverter o aumento dos delitos contra a propriedade e a violência delitiva – a qual se atribui a origem, com maior ou menor certeza, em motivações exclusivamente individuais dos autores. Assim, pode-se concluir que as forças do controle são *“una especie de cuenta corriente bancaria de donde de sacan y ponen valores, sin alterar el número ni el nombre del titular”* (ELBERT, 2000, p. 71).

A partir dos anos 80 surgiram novas e eficazes práticas lesivas a muitos bens jurídicos essenciais, de maneira que, além do repertório de controle conhecido, em momentos de grande comoção se apelou à medidas extremas como mobilizar forças armadas para controlar regiões sem a presença de policiais (como algumas favelas), endurecimento legal generalizado – por meio dos aumento das penas, criação de novos tipos penais e a restrição da possibilidade de sair do cárcere ou de benefícios transitórios-, construção de novos cárceres, entre outros (ELBERT, 2000, p. 71-73).

Ao discorrer que os países latino-americanos, ao adotarem essas medidas, refletem a influência e interesse dos Estados Unidos na questão do controle, Carlos Alberto Elbert adverte que há um milhão e setecentos mil presidiários naquele país, acrescido de mais vários milhões de pessoas submetidas à liberdade controlada. Assim, se trata da sociedade democrática mais repressiva do mundo, não limitando de maneira razoável a violência que a caracteriza como sociedade (2000, p. 73).

Conviene efectuar um repaso al arsenal represivo de los Estados Unidos, para interpretar el modelo al que miran muchos de nuestros gobiernos en procura de soluciones y eficacia. Pueden recordarse algunas creaciones legales recientes,

como la llamada “ley de los tres golpes” californiana (según la cual, al reincidir por tercera vez, el acusado recibe una pena automática de veinte años de prisión) o el modelo policial neoyorkino de “tolerancia cero” (intervención formal en todos los casos, aún los de mínima gravedad). En materia de delitos sexuales, se aprobó en 1996 la “Ley Megan”, conforme a la cual, todos los estados de la Unión deben informar a la comunidad cuando una persona se radique en algún vecindario, tras haber cumplido condena por abuso sexual a menores. También se inscribe en esa orientación la ley californiana de 1996, imponiendo la “castración química” para los abusadores reincidentes de menores”. (...) (2000, p. 73).

Assim, os governos latino-americanos seguem admirando ressaltando o pragmatismo norte-americano, que deixa de lado causas e efeitos e ataca os sintomas com “eficácia”. Ressalta-se que com o pensamento de que o que importa são os resultados, pode-se justificar qualquer mudança jurídica e é nisso que frequentemente se baseia o discurso progressista sobre o controle (2000, p. 77).

Para Carlos Alberto Elbert é seguro nos debates futuros que “las políticas actuales no resisten ningún balance que mesure exclusivamente su eficacia. Por otra parte, todo temor a democratizar el control es parte de las políticas que le temen a la democratización de la sociedad prefieren seguir valiéndose de herramientas jurídicas simbólicas”. (2000, p. 81)

Assim, para que ocorra a democratização do controle é necessário efetivar os direitos fundamentais, que não podem ser limitados ou ameaçados em nome de uma ideologia da “eficiência” e da “competitividade”.

Com efeito, Aldacy Rachid Coutinho afirma que discorrer sobre direitos fundamentais consiste em falar de uma dignidade humana que necessita de recuperação, pois se encontra ameaçada e violada, principalmente por *medidas de ajuste econômico estrutural* que se proliferam através da ideologia da *competitividade e eficiência* (2006, p. 169).

Salienta-se, por fim, que, ao examinar a questão da renúncia aos direitos fundamentais, na dogmática constitucional atual, percebe-se que há alguns direitos vinculados ao sujeito que podem admitir renúncia temporária em seu exercício, outrossim, apenas se isso não colocar o sujeito em situações que o tornem simples objeto da relação jurídica e que não retirem do sujeito sua autonomia e dignidade futura (GEDIEL, 2006, p. 152).

Sobre o assunto, Jorge Reis Novais leciona:

Neste sentido, sob pena de se cair num raciocínio circular (a renúncia redundaria em violação da dignidade da pessoa humana, mas é, ao mesmo tempo, expressão dessa dignidade), a invocação do princípio da dignidade da pessoa humana não dispensa o recurso a outros critérios e à valoração das circunstâncias concretas do caso. Se a dignidade da pessoa humana é, também, fundamento do poder de auto-vinculação, tudo residirá em saber a partir de que medida é que o exercício desta liberdade, por

redundar em limitação excessiva, se pode converter em obstáculo que anule ou destrua as condições da futura auto-determinação e do livre desenvolvimento da personalidade (1996, p. 327).

Ademais, no tocante ao poder do homem de dispor de sua liberdade, John Stuart Mill adverte que o homem não pode exercer essa prerrogativa de modo que se destrua a livre disposição sobre sua pessoa. Isso porque o princípio da liberdade não pode admitir que alguém seja livre para deixar de sê-lo, de maneira que a liberdade para renunciar sua própria liberdade, não é liberdade (2006, p. 168).

Diante do exposto, conclui-se que os direitos e garantias fundamentais (esfera privada) não necessitam de qualquer legitimação, sendo que a intervenção da esfera pública na privada é que precisa ser legítima. Nesse sentido, ao discorrer sobre garantias individuais e o poder de punir do Estado, Juarez Tavares (2003, p. 162) afirma que “garantia e exercício da liberdade individual não necessitam de qualquer legitimação, em face de sua evidência. (...) O que necessita de legitimação é o poder de punir do Estado”.

1.3 CONTROLE SOCIAL E SISTEMA PENAL

Após discorrer acerca da importância dos Direitos Fundamentais no Estado Democrático de Direito e das limitações que estes exercem ao poder punitivo Estatal no ordenamento brasileiro, importante a análise do sistema penal e sua utilização como meio de controle social.

Sobre o controle social, Vera Regina Pereira Andrade leciona que consiste, *lato sensu*, nas

(...) formas com que a sociedade responde, informal ou formalmente, difusa ou institucionalmente, a comportamento e a pessoas que contempla como desviantes, problemáticas, ameaçantes ou indesejáveis, de uma forma ou de outra e, nesta reação, demarca (seleciona, classifica, estigmatiza) o próprio desvio e a criminalidade como uma forma específica dele. Daí a distinção entre o controle social informal ou difuso e controle social formal ou institucionalizado. O primeiro é controle exercido por instâncias que não têm uma competência específica para agir e são exemplos típicos dele: a Família, a Escola, a Mídia, a Religião, a Moral, etc. O segundo é precisamente o controle institucionalizado no sistema penal (...) e por ele exercido, com atribuição normativa específica. Daí a denominação de sistema de controle penal, espécie do gênero controle social que, por isso mesmo, atua em interação com ele. Em suma, a unidade funcional do controle é dada por um princípio binário e maniqueísta de seleção; a função do controle social,

informal e formal é selecionar entre os bons e os maus, os incluídos e os excluídos, quem fica dentro e quem fica fora do universo em questão (2003, p. 42).

Portanto, o controle social pode ser realizado de forma difusa, através das próprias instituições sociais, ou através do sistema penal (controle institucionalizado).

Eugênio Raul Zaffaroni e Nilo Batista aduzem que todas as sociedades atuais que possuem o poder institucionalizado – Estado - selecionam uma quantidade de pessoas “que submetem à sua coação, com o fim de impor-lhes uma pena”. Essa seleção chama-se *criminalização* e, segundo os autores, possui duas etapas: criminalização primária e secundária (2003, p. 43). No que se refere à distinção entre criminalização primária e secundária, os autores aduzem que

Criminalização primária é o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas. (...) Enquanto a criminalização primária (elaboração de leis penais) é uma declaração que, em geral, se refere a condutas e atos, a criminalização secundária é a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas, que acontece quando as agências policiais detectam uma pessoa que supõe-se tenha praticado certo ato criminalizado primariamente, a investigam, em alguns casos privam-na de sua liberdade de ir e vir, submetem-na à agência judicial, que legitima tais iniciativas e admite um processo (...); no processo, discute-se publicamente se o acusado praticou aquela ação e, em caso afirmativo, autoriza-se a imposição de uma pena de certa magnitude que, no caso de privação da liberdade de ir e vir da pessoa, será executada por uma agência penitenciária (prisonização) (2003, p. 43).

Destarte, fica claro que a criminalidade não é algo natural, pois “uma conduta não é criminal em si”, mas sim é um “status atribuído a determinados indivíduos mediante um duplo processo: a ‘definição’ legal de crime, e a ‘seleção’ que etiqueta e estigmatiza um autor como criminoso entre todos aqueles que praticam tais condutas” (ROSA e SILVEIRA FILHO, 2009, p. 16).

Dito isso, verifica-se na atualidade o expansionismo *‘penal(izante)’*, na medida em que a sociedade cada vez mais acredita na solução penal, existindo um *‘senso comum penal’* formado pela mídia, através da grande quantidade de notícias que dizem respeito à criminalidade e seu combate (ROSA e SILVEIRA FILHO, 2009, p. 7).

Assim, para enfrentar a criminalidade, os Estados ‘Democráticos’, ao invés de procurarem soluções que preservem uma esfera de liberdade ao cidadão e a autonomia da pessoa humana, vêm seguindo o caminho inverso, adotando cada vez mais medidas repressivas, constituindo algumas, inclusive, em grave violação à privacidade (LUISSI, 2003, p. 325). Assim:

Em nosso País, essa democracia de verniz repressivo está cada vez mais presente no cotidiano do cidadão. Uma série de leis e outros tantos projetos em tramitação parlamentar desnudam esse novo tipo de Estado. Nele se preserva a sua origem na vontade popular. Mas esta é forjada sob a influência dos órgãos de comunicação, e chega-se a definir os que os controlam, de formadores da opinião pública. (...) Mas o grave dessa conjuntura está na edição de uma série de leis que para enfrentar os aspectos perversos da sociedade tecnocrática se caracterizam por violentar a pessoa humana, invadindo as esferas íntimas de sua autonomia, caracterizando-se por serem cada vez mais detalhistas, chegando o mesmo a conotações tristemente ridículas. (LUISI, 2003, p. 325-326)

É claro que violência que existe no cotidiano da sociedade provoca desassossego, outrossim, a violência é um fenômeno inerente à vida em sociedade. O problema é que se exploram casos extremos para aumentar o medo e insegurança e, com isso, legitimar cada vez mais o poder punitivo e mitigar garantias e direitos fundamentais (ROSA e SILVEIRA FILHO, 2009, p. 8-9). Ademais, observa-se que a criminalização primária – quantidade de condutas tipificadas – é tão grande que é inviável ser posta em prática, sendo evidente que a estatística oficial oferece apenas dados do total da criminalização (que se dirige à um número limitado de sujeitos), mas não dados reais do total da criminalidade (ROSA e SILVEIRA FILHO, 2009, p. 16/17).

Isso porque a seletividade do sistema decorre da sua incapacidade de reagir a todas as condutas consideradas nocivas e a todos os seus autores, e isso produz as “cifras negras” e as “cifras douradas” da criminalidade:

A primeira demonstra que a grande maioria dos fatos típicos e de seus autores acaba não sendo submetida ao processo de criminalização; a segunda, as que, dentre as pessoas selecionadas, estão em flagrante desvantagem; as que pertencentes às camadas mais débeis, deixando imune as pertencentes aos estratos privilegiados, em relação às quais a criminalidade se apresenta em “cifras douradas”, pois induz a que se acredite que os integrantes destas classes têm menor propensão ou envolvimento em práticas consideradas criminosas. (BISSOLI FILHO, 2002, p. 79-80)

Na medida em que se defende a ampliação da legislação penal e política criminal, por meio da exploração do medo e da insegurança, acaba-se desprezando os direitos e garantias individuais e coletivos. Assim, a preocupação com a realização de políticas públicas é deixada de lado e se prioriza o controle social através do sistema penal. Nesse sentido, Alexandre Morais da Rosa e Sylvio Lourenço da Silveira Filho aduzem que:

Desse modo, pela exploração do medo e da insegurança, adota-se o discurso de uma reforma radical da legislação penal e da política criminal pelo viés do terror, ao mesmo tempo em que se desprezam conquistas históricas concernentes nos direitos e garantias individuais e coletivas, doravante empecilhos na luta da “sociedade do bem”. Tudo com propósitos bem definidos pela pauta política.

Assim, a política criminal, enquanto programa de controle do crime e da criminalidade, no Brasil, influenciada pelo modelo norte americano, configura-se como mera “política penal despolitizada”, pois, como afirma Juarez Cirino dos Santos, “*exclui políticas públicas de emprego, salário, escolarização, moradia, saúde e outras medidas complementares, como programas oficiais capazes de alterar ou de reduzir as condições sociais adversas da população marginalizada do mercado de trabalho e dos direitos de cidadania, definíveis como determinações estruturais do crime e da criminalidade*”. Dito de outra forma: exclui-se imaginariamente o fator político da esfera do controle social. O jurídico é transformado, assim, numa esfera técnica despolitizada, balizada pelo saber científico dos especialistas e adubado ideologicamente. (2009, p. 18/19).

A expansão punitiva ganha força com a globalização neoliberal, que prega um Estado máximo no âmbito penal e mínimo no âmbito social, dando origem a movimentos como o da “Lei e Ordem” e “Tolerância Zero” (ROSA e SILVEIRA FILHO, 2009, p. 20). Isso porque a globalização e o neoliberalismo propõe uma mudança epistemológica de atuação, abandonando-se a relação *causa-efeito* para configurar a *eficiência* (custo/benefício), “(con)fundindo-se efetividade (fins) com eficiência (meios)” (ROSA e SILVEIRA FILHO, 2009, p. 22). Dessa forma,

(...) é certo que as diretrizes neoliberais, pregando a austeridade orçamentária e o fortalecimento dos direitos do capital, acompanhado da contenção dos gastos públicos e redução da cobertura social, necessitam englobar o tratamento punitivo como forma de conter a insegurança e a marginalidade: ao lado da mão-invisível do mercado no âmbito econômico, há que se utilizar a mão-de-ferro do Estado no campo penal, para a contenção dos deserdados, excluídos, indesejados, não consumidores (ROSA e SILVEIRA FILHO, 2009, p. 26).

Logo, ante ao Estado social mínimo, deve haver um Estado penal máximo para conter as desordens que decorrem do neoliberalismo (desregulamentação econômica), devido à diminuição do trabalho assalariado e aumento da pobreza (ROSA e SILVEIRA FILHO, 2009, p. 27). Assim, o real objetivo da política penal neoliberal consiste em remediar o ‘menos Estado’ econômico e social - que é a verdadeira causa da insegurança objetiva e subjetiva – com um ‘mais Estado’ policial e penitenciário (ROSA e SILVEIRA FILHO, 2009, p.47).

A justiça social, com o neoliberalismo, foi substituída pela justiça penal em muitos países do mundo, de forma que “O Estado vela pela segurança pública: de outros serviços já se encarrega o mercado, e da pobreza, gente pobre, regiões pobres, cuidará Deus, se a polícia não puder” (GALEANO, 1999, p. 31).

Salienta-se que os motivos pelos quais os governos buscam as soluções penais para fazer frente à conduta de populações marginais ao invés de buscar as causas econômicas e

sociais da sua marginalização, consistem no fato de que as soluções penais são fáceis de implementar, imediatas e “funcionam” com relação ao fim punitivo em si mesmo. Isso porque tem poucos opositores políticos, custos comparativamente menores e corroboram com o senso comum acerca das causas que geram desordem social. Ademais, não alteram as estruturas sociais e econômicas fundamentais, pois se fundam nos sistemas existentes de regulação. Por fim, ao focarem as condenações sociais e os controles nos grupos marginalizados, acabam deixando livres de censura e regulamentação as condutas dos mercados, das corporações e das classes sociais opulentas. (GARLAND, 2005, p. 323)

Com efeito, Salo de Carvalho, ao discorrer sobre o controle penal, afirma que

Ao ser chamado a operar políticas preventivas – no que tange à prevenção dos riscos iminentes à sociedade industrial e aos instrumentos de garantia de efetivação dos direitos dela decorrentes – o controle penal (...) foi instigado a ampliar seu espectro de incidência, adaptando-se aos novos bens jurídicos. Tal assertiva é perceptível se verificarmos o incremento da tutela penal ao trabalho (crimes contra a organização do trabalho), à previdência social (crimes previdenciários), ao transporte público (crimes contra a segurança dos meios de transporte), à saúde (crimes contra a saúde pública e leis de entorpecentes), à economia (crimes contra a economia popular) et coetera. (...) No entanto, ao mesmo tempo em que o direito penal normativo responde positivamente às expectativas criminalizantes, ou seja, chama para si a responsabilidade de tutelar as demandas da era da industrialização, prevenindo a lesão aos direitos sociais via ameaça penal, sua instrumentalidade começa a ser colocada à prova, visto que genealógicamente não fora concebido para tais funções.” (CARVALHO, 2004, p. 184-185)

Diante desse quadro, fica evidente a necessidade de conter o Estado de Polícia, para se avançar na concretização de um Estado Democrático de Direito.

Alexandre Morais da Rosa e Sylvio Lourenço da Silveira Filho, citam os ensinamentos de Luigi Ferrajoli e aduzem que os sistemas de direito e responsabilidade penal podem ser divididos em dois paradigmas: paradigma garantista e paradigma autoritário. O paradigma garantista é o modelo de ordenamento que se coaduna com o Estado Democrático de Direito, pois o poder público está vinculado e limitado pela lei, tanto materialmente quanto processualmente. Já o paradigma autoritário, reflete sistemas de controle penal característicos do Estado de Polícia, pois os poderes públicos não possuem limites e condições impostos pela lei. Esses dois extremos é que são chamados de direito penal mínimo e direito penal máximo, respectivamente (2009, p. 55).

Eugênio Raúl Zaffaroni aduz que o direito penal deve sempre conter pulsões absolutistas e ficar ao lado do Estado de Direito (ZAFFARONI, 2007, p. 172), sendo uma redundância referir-se, em um Estado de Direito, a um direito penal garantista, pois nele não

há lugar para outro direito que não seja o de garantias (ZAFFARONI, 2007, p. 173). Assim, o autor discorre que

O direito penal de garantias é inerente ao Estado de direito porque as garantias processuais penais e as garantias penais não são mais do que o resultado da experiência da contenção acumulada secularmente e constituem a essência da cápsula que encerra o Estado de Polícia, ou seja, são o próprio Estado de Direito. **O direito penal de um Estado de direito, por conseguinte, não pode deixar de esforçar-se em manter e aperfeiçoar as garantias dos cidadãos como limites redutores das pulsões do Estado de polícia, sob pena de perder sua essência e seu conteúdo.** (...) (2007, p. 173, *grifei*)

Observa-se, portanto, que o Estado não é um fim em si mesmo, mas sim um meio para o alcance um fim, que é a proteção dos Direitos Fundamentais, visando sempre resguardar a dignidade da pessoa humana. Esse é o papel a ser desempenhado pelo Estado Democrático de Direito. Assim, não é justificável que o Estado utilize de seu poder, sobretudo o poder punitivo, em detrimento dos direitos fundamentais, sob o falacioso argumento de proteção ao interesse público.

Ferrajoli alerta que o Estado de Direito não tem função apenas de submeter os poderes à lei - legitimação formal-, mas também aos direitos fundamentais – legitimação material. Assim, dispõe o autor que o “Estado de direito” é empregado como sinônimo de garantismo quando é

não simplesmente um “Estado Legal” ou “regulado pelas leis”, mas um modelo de Estado nascido com as modernas Constituições e caracterizado: a) no plano formal, pelo princípio da *legalidade*, por força do qual todo poder público – legislativo, judiciário e administrativo – está subordinado às leis gerais e abstratas que lhes disciplinam as formas de exercício e cuja observância é submetida a controle de legitimidade por parte dos juízes delas separados e independentes (...); b) no plano substancial da funcionalização de todos os poderes do Estado à garantia dos *direitos fundamentais* do cidadãos, por meio da incorporação limitadora em sua Constituição dos deveres públicos correspondentes, isto é, das vedações legais de lesão aos direitos de liberdade e das obrigações de satisfação dos direitos sociais, bem como dos correlativos poderes dos cidadãos de ativarem a tutela judiciária. (...) a primeira dessas duas condições representa a fonte de legitimação formal de qualquer poder; a segunda, a sua fonte de legitimação substancial. Graças a estas duas fontes, não existem, no Estado de direito, poderes desregulados e atos de poder sem controle: todos os poderes são assim limitados por deveres jurídicos, relativos não somente à forma mas também aos conteúdos de seu exercício, cuja violação é causa de invalidez judicial dos atos e, aumenos em teoria, de responsabilidade de seus atores. (FERRAJOLI, 2002, p. 687-688)

Seguindo esse raciocínio o autor conclui que a ‘mera legalidade’ coincide com a legitimação formal, na medida que se limita a subordinação de todos os atos à lei, e que a

‘estrita legalidade’ coincide com a legitimação material, pois subordina todos os atos e também as leis, aos direitos fundamentais (FERRAJOLI, 2002, p. 688).

Assim, nenhuma lei, ainda que votada pela esmagadora maioria, pode ser contrária aos Direitos Fundamentais, visando suprimi-los, tanto é assim que são elencados por nosso ordenamento como cláusulas pétreas (art. 60, §4º da Constituição de 1988).

Portanto, as garantias penais e processuais penais, consistem em um sistema inderrogável de vedações legais: “vedações legais de punir, de prender, de perseguir, de censurar ou, de outro modo, sancionar, sem que concorram as condições estabelecidas pela lei para tutela dos cidadãos contra os arbítrios”. (FERRAJOLI, 2002. p. 691).

Outrossim, em que pese o acima exposto, muitos ainda justificam a restrição de direitos fundamentais em prol de um “interesse público”. Ora, evidente que o interesse público não é o interesse do Estado, mas sim de *todos e cada um* dos cidadãos. Isso porque o Estado não é um fim em si mesmo, mas, como já mencionado, um instrumento para realização dos direitos fundamentais.

Nesse norte, no que tange ao aparente conflito entre a esfera pública e esfera privada no âmbito do direito penal, Auri Lopes Júnior (2011, p. 11) alerta que o argumento recorrente em matéria penal de que os direitos individuais devem ser sacrificados frente à supremacia do interesse público é uma manipulação discursiva para legitimar e pretender justificar o abuso de poder. Isso porque, consoante o autor:

(...) há que se compreender que tal reducionismo (público-privado) está completamente superado pela complexidade das relações sociais, que não comportam mais essa dualidade cartesiana. Ademais, em matéria penal, todos os interesses em jogo – principalmente os do réu- superam muito a esfera do ‘privado’, situando-se na dimensão de direitos e garantias fundamentais (portanto, ‘público’, se preferirem). Na verdade, são os verdadeiros direitos de todos e de cada um de nós, em relação ao (ab)uso de poder estatal (2011, p. 11).

Assim, tem-se que a ideologia de que repressão total irá resolver o problema do sistema penal é falaciosa, pois o que acontece com o aumento do controle social é que direitos fundamentais são sacrificados de um lado e de outro, o Estado não consegue resolver os problemas que realmente geram a violência. Acerca da ineficácia do expansionismo do direito penal, Auri Lopes Júnior dispõe que:

A política de aumentar penas e endurecer o regime de cumprimento diminuiu as taxas de criminalidade urbana? Obviamente que não. A função de prevenção geral desempenhada pela norma penal é mínima ou inexistente. Tanto é assim que a cada dia ocorrem mais delitos de latrocínio, extorsão mediante seqüestro (agora na sua versão ‘relâmpago’) e o tráfico de entorpecentes cresce de forma alarmante, apenas para dar alguns poucos exemplos. É sempre importante destacar que a

criminalidade é fenômeno complexo, que decorre de um feixe de elementos (fatores biopsicossociais), em que o sistema penal desempenha um papel bastante secundário na sua prevenção. (...) Dessarte, o Direito Penal deve ser mínimo e a pena de prisão reservada para os crimes realmente graves. O que deve ser máximo é o Estado Social (algo que nunca tivemos). (2011, p. 21-22).

Loïc Wacquant, por sua vez, discorre sobre a função do Estado punitivo na sociedade:

Desregulação social, ascensão do salariado precário (sobre um fundo de desemprego de massa na Europa e de ‘miséria laboriosa’ na América) e retomada do Estado punitivo seguem juntos: a ‘mão invisível’ do mercado de trabalho precarizado encontra seu complemento institucional no ‘punho de ferro’ do Estado que se reorganiza de maneira a estrangular as desordens geradas pela difusão da insegurança social. (2001, p. 135)

Portanto, inegável que com o expansionismo do direito penal, não se resolvem os problemas sociais que proporcionam cada vez mais o aumento da criminalidade.

Acerca do agravamento das penas no sistema penal e sua ineficácia, Eugenio Raul Zaffaroni (2001, p. 27) afirma que o aumento de penas abstratas decorre da hipocrisia de políticos que não tem espaço para propor, não sabem ou não querem modificar a realidade, motivo pelo qual fazem leis penais, que é mais barato.

Fica claro, assim, que “a pretensão e a soberba gerada pela crença romântica de que o Direito Penal pode salvaguardar a humanidade de sua destruição impedem o angustiante e doloroso, porém altamente saudável, processo de reconhecimento de limites” (CARVALHO, 2004, p. 207).

2 O MONITORAMENTO ELETRÔNICO

2.1 SURGIMENTO DO MONITORAMENTO ELETRÔNICO

O monitoramento eletrônico consiste em fiscalizar, além dos muros, as pessoas que cumprem pena restritiva de liberdade, por meio de equipamentos tecnológicos que possibilitam saber exatamente onde o indivíduo está (WEIS, 2007, p. 12).

Ressalta-se, conforme menciona Neemias Moretti Prudente, que a expressão “*monitoramento eletrônico*” é a expressão utilizada no Brasil por ser de fácil identificação. Contudo, o termo original americano possui conotação de “*vigilância*”, sendo que, em inglês, a palavra ‘*monitoramento*’ partilha da mesma raiz etimológica que a palavra *advertência*. (PRUDENTE, 2012, p. 140)

A origem do monitoramento eletrônico deu-se no âmbito da psicologia. Nos anos setenta, em um manual de terapia e modificação de conduta, internamente a um capítulo que trata da tecnologia da conduta, encontra-se referência a um sistema telemétrico bidirecional, com a finalidade de controlar delinquentes. Se trata de uma experiência que propõe a utilização de recursos instrumentais para modificação da conduta. Essa também é a proposta de um grupo de investigadores, em meados dos anos 60, interessados no que chamavam de ‘*psicotecnologia*’, que era definida como um estudo da interação entre a experiência humana consciente e a tecnologia elétrica, mecânica e química. Essa disciplina da psicologia se destinava ao desenho de aparatos destinados a modificar a conduta da consciência humana de acordo com os princípios de condicionamento operantes. (VITORES e DOMÈNECH, 2007, p. 9)

No marco desse programa de investigação, vários psicólogos de Harvard, sob a liderança de Ralph Schwitzgebel, apresentaram um novo desenho para o controle da conduta humana: um pequeno transmissor portátil, denominado de *Behavior Transmitter- Reinforcer* (BT-R). (VITORES e DOMÈNECH, 2007, p. 9)

Robert Schwitzgebel, psicólogo americano, irmão de Ralph Schwitzgebel, foi quem desenvolveu o primeiro dispositivo de monitoramento eletrônico (*BR-T*) nos anos 60. O aparelho consistia em um transmissor capaz de emitir sinal a um receptor e um bloco de

bateria. Para ele, a invenção era capaz de fornecer uma alternativa barata e humana aos envolvidos criminalmente com a justiça (MARIATH, 2007, p. 4).

Assim, Robert Schwitzgebel, juntamente com seu irmão Ralph Schwitzgebel, criaram um sistema de monitoramento rádiotelemétrico portátil, e realizaram experiências com dezesseis jovens voluntários que estavam em liberdade condicional e eram reincidentes. A experiência consistiu em colocar duas caixas, com o peso total de um quilo, sob as camisas dos apenados. Em uma das caixas estava a bateria e na outra um emissor, o qual era responsável por enviar um sinal codificado diferente para cada indivíduo monitorado. Os sinais eram transmitidos para receptores que ficavam nas casas dos vigiados e retransmitidos para uma estação de controle de mísseis modificada, no intuito de localizar os indivíduos em um perímetro de 400 metros (LERMAN *apud* OLIVEIRA, 2007, p. 28).

Segundo César Barros Leal, este período entre 1960 e 1970, no qual se utilizou o transmissor portátil denominado de *Behavior Trasmitter-Reinforcer (BR-T)*, foi a primeira fase no desenvolvimento do monitoramento eletrônico (LEAL, 2011, p. 53).

Sobre o dispositivo BR-T, tem-se que ele consistia em um dispositivo de advertência, isso porque:

(...)El BT-R entraba dentro de aquellos dispositivos de advertencia, que no incitaban directamente una respuesta ni conllevaban una consecuencia de castigo o refuerzo, sino que producian una señal prioritariamente informativa, y como tal, la señal funcionaba primordialmente como estímulo discriminativo o como refuerzo secundario. El BT-R permitía monitorizar la localización de quien lo portara, transmitir información sobre sus actividades y comunicarse con esa persona a través de señales de tonos. El dispositivo constaba de dos pequeñas unidades que la persona presa debía llevar: una unidad en el cinturón y la otra alrededor de la muñeca, en forma de pulsera. La unidad del cinturón incluía la batería y un transmisor que emitía señales de radio codificadas de forma distinta para cada transmisor. Las señales eran recogidas a través de distintos receptores en la estación base de un laboratorio, lo que permitía producir gráficos de la localización y mostrarlos en una pantalla. La unidad de la muñeca funcionaba como sensor y permitía transmitir el pulso de la persona portadora. Además, ésta podía emitir señales a la estación base apretando un botón, y la estación podía devolverle otra señal. El sistema se componía de múltiples receptores transmisores que permitían trazar los movimientos a través de una determinada área. La función principal del transmisor, concebido tanto como unidad de envío como de recepción, era la de hacer un registro inmediato y preciso de los "acontecimientos conductuales" que se daban en el ambiente natural del portador. De este modo, se podía obtener un registro acumulativo de las conductas relevantes de una persona o un grupo durante un considerable período de tiempo. Además, la persona portadora podía recibir señales desde la estación en la que se registraba la conducta, señales que podían venir a formar parte de un sistema de *feedback* conductual. (VITORES e DOMÈNECH, 2007, p. 9-10)

Em 1971, realizou-se novo experimento em Saint-Louis/EUA, monitorando-se jovens detentos antes do julgamento, no intuito de diminuir a quantidade de suicídios constatados entre eles. (LERMAN *apud* OLIVEIRA, 2007, p. 28)

Segundo César Barros Leal, o período que vai de meados de 1970 até 1984, consiste na segunda fase do monitoramento eletrônico e é caracterizado pela apatia com os meios ‘telemáticos’ de controle à distância. Já a terceira fase, a partir de 1984, é quando entra em cena o juiz Jack Love, e se retoma o interesse pela vigilância eletrônica e sua implementação no processo penal. (LEAL, 2011, p. 54).

O juiz Jack Love, do Novo México/EUA, convenceu Michael Goss – perito eletrônico – a desenvolver um dispositivo de monitoramento, em 1977. Jack Love condenou o primeiro apenado a utilizar o monitoramento eletrônico em 1983. Desde então, o equipamento de vigilância passou a ser cada vez mais utilizado, de maneira que, em 1988, havia 2.300 presos monitorados. Em 1998, o número já era de 95.000 (MARIATH, 2007, p. 4).

Importante destacar que foram necessários quatro anos para que o Juiz Jack Love convencesse a administração judiciária de Albuquerque a experimentar um aparelho receptor preso ao pulso, bem como para discutir a concepção do dispositivo com fabricantes de computadores, tendo em vista o propósito de observação e controle da conduta dos apenados (OLIVEIRA, 2007, p. 28).

Salienta-se que, em 1983, o juiz Jack Love testou em si próprio o aparelho, pelo período de três semanas, antes de ordenar sua utilização em delinquentes. O primeiro dispositivo eletrônico para monitorar apenados foi denominado “*Gosslink*”, decorrente do nome do engenheiro que o criou (Michael Goss) com a palavra *link*. Em 1986, surgiu a primeira empresa produtora de eletrônicos para o controle de seres humanos, a *National Incarceration Monitor and Control Services*. (PRUDENTE, 2012, p. 142)

Os primeiros projetos de monitoramento ocorreram nos EUA, sobretudo nos estados de Washington, Virgínia e Flórida, sendo que 26 estados americanos já utilizavam a tecnologia em 1987. Em 1989, o sistema foi adotado pela Inglaterra, em 1994 pela Suécia e em 1995 pela Holanda, sendo utilizado como forma de execução da pena privativa de liberdade de maneira similar aos EUA. (PRUDENTE, 2012, p. 142) Hoje o monitoramento eletrônico já foi implementado em vários países. Com efeito:

(...) A título ilustrativo, o ME foi implementado nos Estados Unidos, Canadá, Inglaterra, Escócia, Reino Unido, Suécia, Holanda, França, Bélgica, Itália,

Alemanha, China, Japão, Dinamarca, Espanha, Tailândia, Hungria, Portugal, Suíça, Hungria, Andorra, Austrália, Noruega, Nova Zelândia, Argentina, Israel, Singapura e África do Sul. Na América Latina, a Província de Buenos Aires, na Argentina, foi a primeira a usar esse tipo de tecnologia para vigiar os movimentos de pessoas condenadas pela justiça (essa modalidade de segurança ainda não é aplicada pelo país). (PRUDENTE, 2012, p. 142/143)

Atualmente, a vigilância eletrônica, modelo para diversos países, é aplicada em 46 estados, sendo previsto tanto pela legislação estadual quanto pela federal dos Estados Unidos. A legislação federal prevê a utilização do monitoramento como uma alternativa ao *sursis* tradicional e à liberdade condicional e os Estados, por sua vez, associam-no à medidas de obrigação de residência fixa e a penalidades. Assim, considerando também os gastos de um preso nos Estados Unidos – U\$ 45,00 por dia -, enquanto um infrator monitorado gasta U\$ 15,00, a utilização do monitoramento eletrônico é cada vez maior (OLIVEIRA, 2007, p. 29).

Desse modo, a medida envolvia 9.596 condenados a uma pena de prisão e 19.677, em liberdade condicional, no ano de 1998 (fonte: Probation et Parole in United States, Bureau of Justice Statistics, 1998). Porém essas cifras não integram nem os menores, nem as medidas de vigilância intensiva durante a fase anterior à sentença do processo penal (pré-trial), particularmente desenvolvida nos Estados Unidos. O número total dos indivíduos sob o controle eletrônico chega, portanto, próximo de 100.000 monitorados. (OLIVEIRA, 2007, p. 29-30)

Observa-se também que os beneficiários da medida consistem em um público seletivo, sendo os infratores de trânsito e os autores de infrações com drogas aqueles que justificam a maioria dos monitoramentos. Para ser beneficiado com a medida, é realizado um exame psicológico do indivíduo e analisado o impacto do crime na sociedade. (OLIVEIRA, 2007, p. 30)

Há, nos Estados Unidos, vontade política para reduzir os custos do encarceramento, tendo em vista que o país tem 2.319.000 pessoas encarceradas, sendo que cada preso custa mensalmente U\$ 1.350,00, enquanto o monitoramento representa um custo de apenas U\$ 450,00. Ademais, Edmundo Oliveira ressalta que “mesmo encarcerando, entre sete a dez vezes mais do que a média dos países europeus e ainda aplicando pena de morte, os Estados Unidos continuam ostentando taxas de criminalidade e de violência crescentes. De 1991 a 2003, houve aumento médio de 72% da população carcerária” (OLIVEIRA, 2007, p. 30-31).

Assim, embora o primeiro dispositivo de vigilância eletrônica tenha sido patenteado em 1969, pelo Dr. Schwitzgebel, o uso real do monitoramento eletrônico em infratores só começou na década de 80, graças ao Juiz Jack Love. Dizem que o juiz teria se inspirado

ao ler uma edição de ‘*amazing spider-man*’, de 1977, onde o homem-aranha é monitorado pelo vilão, por meio de um bracelete eletrônico (PRUDENTE, 2012, P. 141).

Destarte, o monitoramento eletrônico passou, no seu desenvolvimento, por três fases, que sintetizam Vitores e Domènech:

Una primera fase, entre principios de 1960 y mediados de 1970, en la que un grupo de psicólogos especializados en tecnología inventan un dispositivo de control electrónico. En los años siguientes, hasta aproximadamente la década de los 80, lo que correspondería con la segunda fase, se expresa poco interés en la monitorización electrónica (como mínimo si nos circunscribimos a lo relativo a la bibliografía existente sobre el tema). El inicio de la tercera fase la hacen coincidir con 1983, momento en el que los monitores electrónicos propiamente debutan en un programa de "control en la comunidad" en Florida, y partir del cual se observa un crecimiento continuo del interés en los méritos de la monitorización. (VITORES e DOMÈNECH, 2007, p. 9-10)

Para Ralph Schwitzgebel, a tendência da sociedade era diminuir a utilização do cárcere como instrumento de controle do comportamento dos indivíduos, mediante a utilização de outros meios, sendo que em um futuro não muito distante os avanços tecnológicos poderiam acabar com as prisões do mundo (SCHWITZGEBEL *apud* VITORES e DOMÈNECH, 2007, p. 11).

A vigilância eletrônica era uma invenção para analisar e vigiar a conduta, ou seja, consistia em um sistema pensado tanto para facilitar a investigação da conduta, como para corrigir e controlar determinados problemas de comportamento. Dessa forma, “*el delincuente es a su vez un objeto a estudiar y un sujeto a corregir*”. Quando os inventores do *BR-T* apresentaram as características e funções do aparelho, o fizeram ressaltando que no âmbito que a invenção traria mais benefícios era o da reincidência (VITORES e DOMÈNECH, 2007, p. 12).

Isso porque, para Ralph Schwitzgebel, é necessário haver um controle externo do reincidente, não apenas por razões legais e éticas, mas também terapêuticas. E esse controle não pode ser excessivo, sob pena de produzir hostilidade e condutas desviantes, impedindo o desenvolvimento do controle interno. Por isso é que, para ele, era necessário uma medida de controle ‘não excessiva’ (VITORES e DOMÈNECH, 2007, p. 12).

Destarte o dispositivo criado consistiu em um aperfeiçoamento do *panopticum*¹ de Jeremy Bentham, na medida que possibilitou uma observação que aumentava o número de situações passíveis de intervenção.

El dispositivo no sólo permitía la práctica de la vigilancia, sino que también ejecutaba una sanción normalizadora. Estamos, de hecho, ante la descripción de un tipo de intervención analítica en el que el individuo vigilado, sin necesidad de estar fijado a un espacio determinado, es objeto de una atención meticulosa y de una corrección pautaada. Del mismo modo, la vigilancia y la normalización se combinaban a través del examen continuo que implica monitorizar. La monitorización permitía extender y hacer más eficiente tanto el campo de visibilización como el de normalización. Es un perfeccionamiento del proyecto del panoptismo. Aunque alejado de la fisonomía común de las instituciones disciplinarias, el dispositivo crea una máquina de observación que multiplica el número de situaciones sobre las que intervenir, e intensificar la intervención constante y la presión antes de que se cometa el error, la falta. (VITORES e DOMÈNECH, 2007, p.13)

Observa-se que controlar o corpo era insuficiente, sendo que o monitoramento permitiu não apenas vigiar a conduta (o corpo), mas também dirigir, gerenciar e produzir uma determinada subjetividade. Dessa forma, o controle sobre o corpo por meio da vigilância eletrônica consistia em um meio para chegar à “alma”, pois não está delimitado a um espaço – como ocorre com o cárcere -, mas abrange todo o território que o indivíduo monitorado define em seu cotidiano, fazendo com que este busque um autocontrole, trabalhando para corrigir sua indisciplina. Assim,

el trabajo sobre el cuerpo es, sobre todo, un camino para acceder al "alma" (personalidad, conciencia, identidad, subjetividad), un camino para trabajar con y sobre ella. Las disciplinas "inscriben el cuerpo buscando la generación de una superficie suplementaria en la que provoca efectos duraderos en el tiempo y en el espacio, nos referimos a la subjetividad o alma" (TIRADO & DOMÈNECH 2001, p.187). Es el modo de fabricar individuos útiles en relación a la norma. Es el modo de convertir la subjetividad misma en el mecanismo de reproducción de un orden social articulado a través de lo normativo. El autocontrol que se persigue con la implementación del dispositivo es aquello que permite, en definitiva, que el sujeto mismo trabaje para corregir su indisciplina y obtener su propia docilidad. El sistema de rehabilitación electrónica se presenta como alternativa a

¹ O *Panóptico* é um tipo de edifício, elaborado por Jeremy Bentham, que se preocupa com o interior dos espaços para controlar e vigiar os corpos. Segundo Foucault (2005; p.165-66), tal construção pode ser descrita como: “Na periferia, uma construção em anel; no centro, uma torre; esta é vazada de largas janelas que se abrem sobre a face interna do anel; a construção periférica é dividida em celas, cada uma atravessando toda a espessura da construção; elas têm duas janelas, uma para o interior, correspondendo às janelas da torre; outra, que dá para o exterior, permite que a luz atravesse a cela de lado a lado. Basta então colocar um vigia na torre central, e em cada cela trancar um louco, um doente, um condenado, um operário ou um escolar. Pelo efeito da contraluz, pode-se perceber da torre, recortando-se exatamente sobre a claridade, as pequenas silhuetas cativas nas celas da periferia [...]. O dispositivo panóptico organiza unidades espaciais que permitem ver sem parar e reconhecer imediatamente. Em suma, o princípio da masmorra é invertido; ou antes, de suas três funções – trancar, privar de luz e esconder – só se conserva a primeira e suprimem-se as outras duas. A plena luz e o olhar de um vigia captam melhor que a sombra, que finalmente protegia. A visibilidade é uma armadilha”.

encarcelamientos a largo plazo para los reincidentes crónicos o para la supervisión obligatoria personal en la comunidad. Pero si atendemos a la cárcel en tanto que institución disciplinaria, lo cierto es que el dispositivo no es tanto una alternativa a la prisión, como una prisión alternativa. Una prisión alternativa que no queda delimitada a un espacio, sino que abarca el territorio que la persona portadora del dispositivo va definiendo en su cotidianeidad. (VITORES e DOMÈNECH, 2007, p. 14)

Isso posto, tem-se que as primeiras experiências de monitoramento eletrônico de presos foram realizadas na América do Norte, nos anos 60, devido a um contexto de aumento da população carcerária, elevado custo da prisão, crise da pena privativa de liberdade e o fracasso do objetivo de ressocialização, o que gerou a necessidade de nova orientação da política criminal na busca de alternativas à prisão. Dessa forma, diante dos avanços tecnológicos e da globalização, é que se introduziu no debate político-criminal a possibilidade de utilização de mecanismos eletrônicos de controle no âmbito penal (PRUDENTE, 2012, p. 140).

2.2 FINALIDADES, OPÇÕES TÉCNICAS E SISTEMAS

2.2.1 Finalidades

O monitoramento eletrônico consiste na utilização de um dispositivo pelo delinquente, o qual passa a ter sua liberdade mitigada, na medida em que tal aparelho permite saber sua localização exata, possibilitando evitar que se distancie ou se aproxime de determinados locais. Assim:

O monitoramento eletrônico (ME), também chamado de “tagging” ou “vigilância eletrônica” (VE), consiste, em regra, no uso de um dispositivo eletrônico (dispositivo de identificação pessoal – DIP) pelo infrator que passaria a ter a liberdade controlada (mitigada ou condicionada), evitando que se distancie de ou se aproxime de locais predeterminados pelo sistema de justiça. Este dispositivo transmissor emite um sinal eletrônico, o qual passa por um receptor e, através da linha telefônica (ou satélite), chega a um centro de vigilância, indicando a localização exata do indivíduo a ela atada. Caso surja algum problema (v.g. se o infrator tenha violado o dispositivo ou se ausentado da área delimitada) é notificado o juiz (ou outra autoridade encarregado), para que adote as providências cabíveis. Em poucas palavras, o ME é “*uma ferramenta de supervisão contínua destinada a confirmar a localização de pessoas*” (PRUDENTE, 2012, p. 143/144).

Dessa forma, o monitoramento eletrônico pode ser utilizado em acusados e condenados para mantê-los em locais específicos em dias e horários definidos pelo juiz; controlar penas alternativas que necessitem de vigilância tais como, por exemplo, a prestação de serviços à comunidade; fiscalizar a participação em eventos complementares; impedir a ingestão de bebidas alcoólicas, utilização de drogas, frequência em lugares proibidos ou impróprios e/ou que se aproximem de determinadas pessoas, como vítimas e testemunhas (LEAL, 2011, p. 55).

O monitoramento eletrônico pode, portanto, ter a finalidade de *detenção*, *restrição* ou *vigilância*. Quando é utilizado com finalidade de detenção – forma mais comum –, objetiva que o indivíduo permaneça em um local determinado, como em sua casa, por exemplo. Quando o objetivo é a restrição, o monitoramento tem lugar para impedir que o infrator vá a determinados locais ou se aproxime de determinadas pessoas – como testemunhas, vítimas, etc. Por fim, quando o objetivo é apenas a vigilância, o dispositivo permite a monitoração contínua do indivíduo, sem que ocorram restrições para sua locomoção (PRUDENTE, 2012, p. 146).

Com efeito, a United Kingdom Home Office – National Probation Service, aduz que são possíveis três tipos de monitoração:

- 1) *Localização contínua* – o condenado é monitorado continuamente, e o dispositivo de rastreamento comunica-se com a central de controle em intervalos de aproximadamente um minuto, usando a rede de telefonia celular; 2) *monitoração por exclusão* – o condenado é proibido de transitar por determinadas regiões da cidade e, em casos de desobediência, o dispositivo de rastreamento comunica à central e passa a monitorá-lo no sistema de localização contínua. O sistema mantém, ainda, um relatório por onde o condenado tranfegou; 3) *localização retrospectiva* – o sistema emite relatórios geralmente diários para a central, comunicando as regiões por onde o condenado transitou no período (PRUDENTE, 2011, p. 12).

No tocante às distintas finalidades do monitoramento à distância no cumprimento da pena, podem consistir em: programas para as primeiras etapas do cumprimento da pena, como na Inglaterra; aplicação nos casos de prisão preventiva e liberdade sob fiança, como nos Estados Unidos, Portugal e Argentina; nos casos de pena de prisão domiciliar breve, como na Suécia; em programas nas últimas etapas do cumprimento da pena, como ocorre na Inglaterra, México e Espanha; programas determinados à reinserção social, nos Estados Unidos; em programas de liberdade condicional com finalidades laborais, como ocorre na Espanha e na Austrália; saída da prisão antes do cumprimento da pena, na Bélgica. (Abel Téllez Aguilere *apud* LEAL, 2011, p. 55).

Também sobre as aplicações do monitoramento eletrônico, Neemias Moretti Prudente informa que a medida pode ser utilizada na justiça criminal em três fases, a saber: na fase de ‘*pré-julgamento ou libertação antecipada*’, de ‘*pós julgamento*’ e de ‘*pós prisão*’. Sobre referidas fases, o autor discorre que

(...) i) *pré-julgamento* ou libertação antecipada – o ME pode ser uma alternativa a prisão provisória, ou seja, condição para liberar o acusado sem a necessidade de caução em dinheiro. Isso permite que os criminosos com recursos financeiros limitados retornem às suas casas para aguardar julgamento, bem como para garantir que o réu apareça para o julgamento e não cometa novas infrações; ii) *pós julgamento* (sentença preliminar) – o ME pode ser utilizado como uma opção preliminar de sentença para reforçar determinadas limitações na liberdade de um criminoso (v.g. nos casos de prisão domiciliar, geralmente o ME é usado para manter o criminoso confinado em sua casa durante as horas do toque de recolher; ou no caso em que o infrator deve se afastar de locais onde se consuma bebidas alcoólicas). O ME também pode ser aplicado como pena principal ou alternativa; iii) *pós prisão* – o ME pode ser incorporado ao estágio de pós-prisão, como uma forma de transição da prisão para a comunidade. É dizer, quando o sujeito já tenha cumprido uma boa parte da sentença e existem prognósticos favoráveis para o cumprimento do restante da pena através do ME. (...) (PRUDENTE, 2012, p. 147)

Assim, tendo em vista o momento de aplicação e seus fins, os sistemas de monitoramento eletrônico podem ser classificados em “*front-door*” e “*back-door*”. O sistema de “*front-door*”, que é o mais utilizado, evita que o indivíduo entre no cárcere, na medida que substitui a pena principal ou é utilizado como alternativa à pena privativa de liberdade, por exemplo, nos casos de prestação de serviços à comunidade e suspensão condicional da pena (BURRI, 2011, p. 479).

Por sua vez, o sistema “*back-door*” visa antecipar a excarceração sem reduzir a pena. Para tanto, substitui-se o restante da pena privativa de liberdade pelo monitoramento eletrônico (BURRI, 2011, p. 479).

São três os objetivos básicos mais mencionados da medida: reduzir a superpopulação carcerária, os custos do encarceramento e diminuir a reincidência criminal (LEAL, 2011, p. 55).

2.2.2 Opções técnicas e Sistemas

Acerca das opções técnicas de monitoramento eletrônico, observa-se que atualmente são de quatro tipos: adaptação de uma pulseira; adaptação de uma tornozeleira; adaptação de

um cinto e adaptação de um *microchip* implantado no corpo humano. Ademais, já se anuncia a possibilidade de introdução de minúsculas câmeras nas pulseiras eletrônicas, bem como a implantação cirúrgica de dispositivos eletrônicos no corpo, que permitem fornecer imagens ao vivo do sujeito monitorado além de indicar sua localização em qualquer momento e lugar (PRUDENTE, 2011, p. 10).

Sobre a opção técnica de monitoramento com adaptação de uma pulseira, o aparelho monitor necessita estar junto à pulseira, sob pena de ser emitido um alarme ao Centro de Controle do Monitoramento. No tocante à adaptação de uma tornozeleira, o receptor *‘instalado na residência do infrator, transmite os sinais de conexão entre a tornozeleira e a vigilância via satélite.’* Quanto à adaptação de um cinto-receptor, tem-se que é conectado ao sistema de satélite e, no que diz respeito à adaptação de *microchip*, o *microchip* é colocado no braço, entre a derme e epiderme, sem atingir vasos sanguíneos (OLIVEIRA, 2007, p. 22/25).

Anota-se, quanto à utilização de *microchip* implantado no corpo humano, que é uma técnica utilizada apenas em testes com voluntários nos Estados Unidos e na Inglaterra. (OLIVEIRA, 2007, p. 21).

No que tange ao funcionamento desses dispositivos, tem-se que eles emitem sinais a um transmissor que fica localizado no Centro de Controle do Monitoramento, sendo que *‘tem sido imprescindível o suporte técnico de um telefone fixo de fibra óptica, instalado na casa do infrator, para estimular a emissão de sinais. Telefonia celular ainda é ineficaz, todavia está em avançada experiência’* (OLIVEIRA, 2007, p. 21).

Acerca da eficácia do avanço do monitoramento eletrônico, decorrente dos avanços obtidos com o GPS, Edmundo Oliveira diz que:

O GPS tem a vantagem de calcular a longitude, a latitude, a direção e a velocidade do portador o tempo todo. Ele é, também, importantíssimo para alertar o Centro de Controle do Monitoramento quando, por exemplo, o infrator penetra em uma área de exclusão, como escolas, *shoppings*, hospitais e parques públicos, conforme a determinação do Juiz.

Interessante anotar que o GPS também pode servir de meio para provar a inocência do infrator, na hipótese de prejuízo fomentado por alguma acusação mentirosa ou injusta (OLIVEIRA, 2007, p. 21).

Os sistemas de monitoramento eletrônico podem ser classificados, segundo César Barros Leal, em *passivo, ativo de primeira geração, passivo mediante GPS, ativo mediante GPS e misto mediante GPS* (LEAL, 2011, p. 55/57).

O *sistema passivo*, também chamado de contato programado, consiste na supervisão da pessoa por uma central através de um telefone fixo instalado geralmente na casa do indivíduo monitorado. Nesse caso, é possível não haver a utilização do bracelete, sendo que o indivíduo é contatado aleatoriamente, em qualquer hora do dia ou da noite, para que se verifique se ele está em horário e local autorizados pelo juiz. A identificação do sujeito quando ocorre o contato é feita por voz, por *scan* da retina ou por uma ‘contra-senha’. Se está diante de um sistema de ‘controle de presença’, utilizado sobretudo em casos de prisão domiciliar, casos em que os demais familiares também são orientados sobre o sistema (LEAL, 2011, p. 55).

Quanto ao *sistema ativo de primeira geração*, é realizado mediante radiofrequência e sua principal utilização é feita na prisão domiciliar. Nessa modalidade, o vigiado utiliza um bracelete que é responsável por enviar sinais contínuos para um receptor localizado dentro da residência, o qual é responsável por transmitir sinais a um computador central, que tem capacidade de identificar quando se iniciam e terminam as transmissões. Os dados encaminhados aos responsáveis pelo controle possibilitam saber se o monitorado se encontra ou não em sua casa em determinado horário. O bracelete é capaz de detectar se está corretamente colocado ou se foi danificado, enquanto o receptor é capaz de detectar se houve mudança de posição ou manipulação. O sistema é considerado melhor que o *sistema passivo*, na medida em que dispensa o uso do telefone as chamadas aleatórias e interferências (LEAL, 2011, p. 56). Esse sistema é o mais utilizado atualmente, por ser menos intrusivo e permitir a mobilidade do infrator. (LEAL, 2011, p. 58).

Também acerca dos sistemas passivo e ativo, Carlos Eduardo Adriano Japiassú e Celina Maria Macedo aduzem que o passivo (de contato programado) se utiliza de um telefone para verificar se o monitorado está no endereço designado e horário previsto. Com efeito:

(...) Uma pessoa escolhida para tal fim faz chamadas telefônicas aleatórias para o local onde se espera que o condenado se encontre, devendo o monitorado respondê-las pessoalmente. Os meios empregados para comprovar sua identidade incluem o fornecimento de uma senha ou um código previamente estabelecido, o reconhecimento de impressões digitais, da íris dos olhos ou da voz, assim como a introdução de um objeto preso a ele de forme inamovível num decodificador (JAPIASSÚ e MACEDO, 2008, p. 14).

Quanto ao sistema ativo (de monitoramento contínuo), os autores supracitados aduzem que, por permitir saber a localização do monitorado de maneira ininterrupta sem

necessitar de sua colaboração, impõe restrições ao indivíduo, permitindo-lhe dirigir-se a locais onde possa ser encontrado. Ademais, pode-se utilizar o sistema “*para impedir o acesso do condenado a determinadas pessoas – potenciais vítimas- ou lugares. Para funcionar, este procedimento exige vários elementos: um bracelete transmissor, um receptor-transmissor; um centro de vigilância e um terminal de controle.*” (JAPIASSÚ e MACEDO, 2008, p. 14).

O *sistema passivo mediante GPS* (sistema de posicionamento global), permite conhecer os deslocamentos do usuário e a localização geográfica real dele, a partir da central de supervisão, outrossim, as informações são encaminhadas por meio da linha telefônica com intervalos de horas ou ao final do dia (LEAL, 2011, p. 56).

No que diz respeito ao *sistema ativo mediante GPS*, tem-se que ele consiste em um dispositivo móvel que é acoplado ao usuário, sendo que seus passos são acompanhados em tempo real através de satélite ou pela internet, os quais transmitem sinais para um computador central no exato momento em que ocorrem (LEAL, 2011, p. 56/57).

Por fim, quanto ao *sistema misto* por meio de GPS, consiste na utilização do sistema passivo mediante GPS, outrossim, quando as restrições de deslocamento não são cumpridas é adotado o sistema ativo mediante GPS (LEAL, 2011, p. 57).

Por sua vez, Neemias Moretti Prudente leciona que, em decorrência dos avanços tecnológicos, podem-se distinguir *três gerações dos mecanismos de monitoramento eletrônico*. A primeira diz respeito ao sistema passivo, ativo e ao sistema misto; a segunda consiste em uma maior intervenção na privacidade do vigiado, pois se utiliza de mecanismo implantado no corpo ou pele do monitorado, o qual funciona mediante GPS; a tecnologia de terceira geração, por fim, além de utilizar o GPS, se caracteriza por possibilitar o recebimento de informações psicológicas, pressão arterial, entre outras, do indivíduo pela central de vigilância (PRUDENTE, 2012, p. 144).

Sobre a tecnologia de primeira geração de mecanismos de controle (sistemas ativo, passivo e misto – já abordados anteriormente), o autor supracitado afirma que o sistema ativo (de sinal contínuo) é composto por um transmissor -acoplado ao corpo do indivíduo, como uma pulseira, tornozelo ou cinto-, que transmite um sinal para um receptor – geralmente localizado na residência do monitorado -, o qual capta esses sinais e transmite-os para o computador central, está localizado na central de vigilância. Isso faz com que a central de vigilância seja acionada se o vigiado tentar danificar o dispositivo ou se afastar de determinado local, de forma que possibilita a vigilância permanente sem interferências para

o vigiado. Esse é o sistema que predomina na Europa. Outrossim, a principal crítica desta técnica é a estigmatização que o transmissor visível pode causar ao indivíduo (PRUDENTE, 2012, p. 144/145).

No que se refere ao sistema passivo (de controle programado), segundo Neemias Moretti Prudente, o vigiado é acionado pela central de vigilância em intervalos aleatórios e inesperados através de telefones ou *paggers* para assegurar que ele se encontra em local determinado pela autoridade judicial. Esse sistema é utilizado, sobretudo, em casos de prisão domiciliar e sua principal vantagem é a menor estigmatização pública. Entretanto, a desvantagem do referido sistema seria a possível perturbação das chamadas telefônicas (PRUDENTE, 2012, p. 145).

Quanto à tecnologia de monitoramento eletrônico de segunda geração, Neemias Moretti Prudente informa que o dispositivo, que se utiliza do GPS, pode ser implantado no corpo do vigiado, tornando-o imperceptível por outras pessoas. Sobre o GPS, o autor aduz que

(...) o GPS consiste em três componentes: satélites, estações de terra conectadas em rede e, dispositivos móveis. A tecnologia elimina a necessidade de dispositivos instalados em locais predeterminados (receptor). Este dispositivo tem capacidade não só para controlar a permanência do vigiado em um determinado lugar, em tempo real, senão também para detectar com precisão milimétrica ‘cada movimento’ do vigiado (24 horas por dia). O sujeito há de portar um transmissor análogo ao do sistema ativo, que envia dados de seus movimentos a central, cuja alarme dispara se o sujeito se distânciava do perímetro de ação permitida. Se um criminoso violar as condições de uma ordem de monitoramento eletrônico, o GPS pode identificar a sua localização precisa, fazendo a prisão do infrator por parte das autoridades policiais (PRUDENTE, 2012, p. 145).

Essa tecnologia de segunda geração foi utilizada primeiramente pelos Estados Unidos, a partir do ano de 2000. Após, passou a ser implantada também no Canadá e na Grã Bretanha, sendo denominada na Europa como ‘sistema Galileo’ (GRECO, 2011, p. 166).

A terceira geração da tecnologia de monitoramento eletrônico também utiliza o GPS para controlar a locomoção do indivíduo. Outrossim, invade ainda mais a esfera privada da pessoa pois, além disso, trás a possibilidade de encaminhar para a central de vigilância as informações físicas e psicológicas do monitorado, sendo que alguns dispositivos mais recentes são capazes inclusive de efetuar descargas elétricas no vigiado ou de injetá-lo substâncias, como tranquilizantes, por exemplo. Ademais, também já existem versões que trazem uma câmera de vídeo em miniatura, possibilitando que os funcionários da central de vigilância saibam, além da localização, as atividades que o indivíduo desenvolve. (PRUDENTE, 2012, p. 146)

No mesmo sentido, também acerca da tecnologia de terceira geração, Rogério Greco discorre que

(...) a tecnologia de terceira geração se caracteriza porque ao controle por sistema GPS de permanência ou presença que oferecem os anteriores sistemas apontados, se agrega também a possibilidade de que a central de vigilância receba informações psicológicas, frequência de pulsações, ritmo respiratório para medir o nível de agressividade de um delinquente violento, a excitação sexual em delinquentes sexuais, cleptômanos ou psicopatas. Assim mesmo, ante qualquer descumprimento das obrigações acordadas judicialmente, algumas versões têm capacidade para realizar uma intervenção corporal direta no vigiado, por meio de descargas elétricas programadas, que repercutem diretamente no sistema nervoso central ou por meio de abertura de uma cápsula que lhe injeta um tranquilizante ou outra substância, para o caso de neuróticos agressivos, esquizofrênicos ou adeptos ao álcool (GRECO, 2011, p. 167).

Fica claro, portanto, que as tecnologias de primeira e segunda geração possibilitam monitorar a localização do indivíduo, entretanto, não são capazes de controlar seu deslocamento, impedindo que vá para determinados locais. Mas, por sua vez, a tecnologia de terceira geração permite esse tipo de controle, motivo pelo qual referida tecnologia pode violar direitos fundamentais. Com efeito, *“existe acordo igualmente em rechaçar os sistemas de vigilância mediante câmaras ou aparatos de escuta, por afetar diretamente a intimidade”* (PRUDENTE, 2012, p. 146).

Isso posto, os sistemas de vigilância eletrônica podem ser classificados também, de acordo com o nível de intervenção na vida do vigiado, em sistema de *televigilância* e de *telecontrole* (SUMARRIVA, 2012, p. 34/35). O primeiro apenas fornece dados sobre o comportamento da pessoa (deslocamento) e o segundo, por sua vez, pode condicionar a conduta – através da aplicação, por exemplo, de descargas elétricas ou soníferos. Ressalta-se que por meio do sistema de telecontrole é possível programar o dispositivo para administrar automaticamente um calmante no indivíduo caso detecte aumento do ritmo cardíaco ou adrenalina.

2.3 MONITORAMENTO ELETRÔNICO NO REGIME BRASILEIRO

A discussão pelo Congresso Nacional acerca da utilização do monitoramento eletrônico no sistema penal teve início em 2001, com o objetivo de diminuir a

superpopulação carcerária do país, além de facilitar a reintegração dos apenados sem a perda da capacidade de vigilância do Estado sobre os mesmos (MARIATH, 2007, p. 12).

Nesse cenário, surgiram os Projetos de Lei n. 4.342/01 e 4.834/01, ambos prevendo a utilização de dispositivo eletrônico para controle de acusados ou condenados. Ademais, com os mesmo objetivos mencionados no parágrafo anterior, em 2007, vários projetos se sucederam (PL 337/07 – Deputado Ciro Pedrosa; PL 510/07 – Deputado Carlos Manato; PL 641/07 – Deputado Édio Lopes; PLS 165/07 – Senador Aloísio Mercadante, emendado pelo Senador Demóstenes Torres; e PLS 175/07 – Senador Magno Malta) (MARIATH, 2007, p. 12/13).

Os Projetos apresentados previam o monitoramento do indivíduo *“em todos seus aspectos (detenção, restrição e vigilância), sendo certo que o texto elaborado pelo Senador Demóstenes Torres não restringe a solução a um único sistema, podendo o monitoramento ser implementado por meio de sistemas passivos, ativos ou GPS”* (MARIATH, 2007, p. 13).

Ressalta-se que, antes de haver uma regulamentação a nível federal sobre o monitoramento eletrônico, alguns estados brasileiros já haviam tido experiência com o uso do dispositivo, a saber: Paraíba, São Paulo, Rio Grande do Sul e Alagoas (LEAL, 2011, p. 101-104).

Assim, a primeira experiência nacional de utilização do monitoramento durante o cumprimento da pena se deu com o juiz Bruno Azevedo, da Vara de Execuções Penais de Guarabira, no estado da Paraíba, que divulgou em julho de 2007 que iria testar o monitoramento eletrônico em cinco presos que estavam em regime fechado na cidade. O juiz denominou o projeto de *“Liberdade vigiada, sociedade protegida”* (OLIVEIRA e AZEVEDO, 2012, p. 108).

2.3.1 Lei de execução penal

No Senado, o Senador Magno Malta propôs o Projeto de Lei do Senado 175/2007 (1.288/07 na Câmara dos Deputados), que prevê alteração no Código Penal e na Lei de Execução Penal. Referido projeto, que objetivou condensar outros projetos sobre a mesma matéria, previu a utilização do monitoramento eletrônico do condenado para casos de: pena restritiva de liberdade durante o regime aberto ou semi-aberto, bem como para progressão

para tais regimes; saída temporária; prisão domiciliar; penas restritivas de direito – como restrição de horários ou frequência a determinados lugares-; liberdade condicional e suspensão condicional da pena (OLIVEIRA e AZEVEDO, 2012, p. 109).

A Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado aprovou o parecer ao Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado 175/2007 (1.288/07 na Câmara dos Deputados), em 1º de abril de 2009. O relator foi o Senador Demóstenes Torres, que destacou que a proposição foi ampliada pelo Senador Aloizio Mercadante para incluir a possibilidade de utilização do monitoramento eletrônico no *“cumprimento da pena em regime semiaberto, nas saídas temporárias, ou mesmo em regime fechado, quando assim entender o juiz da execução penal”* (OLIVEIRA e AZEVEDO, 2012, p. 109).

Destarte, em 19 de maio de 2010 foi aprovado pelo Senado Federal o Substitutivo da Câmara ao Projeto de Lei do Senado n. 175/2007, sendo encaminhado para a sanção presidencial. A presidência da República sancionou a Lei Ordinária n. 12.258/2010 em 15 de julho de 2012, apresentando vários vetos (OLIVEIRA e AZEVEDO, 2012, p. 110).

Importante destacar que a Lei 12.258/2010 acrescentou na Lei de Execução Penal (Lei n. 7210/84), no Título V (Da Execução das Penas em Espécie), Capítulo I (Das Penas Privativas de Liberdade), a Seção VI (artigos 146-A ao 146-D), chamada de *“monitoração eletrônica”*. Entre os vetos efetuados pela presidência, foi vetado ao artigo 146-A, que permitia ao juiz determinar a vigilância indireta para fiscalização das decisões judiciais, se houvessem meios para tanto².

Ademais, ressalta-se que foi vetada a possibilidade de utilização do monitoramento eletrônico em regime aberto ou semiaberto, ou concessão de progressão para tais regimes, no caso de penas restritivas de direito que estabeleçam limitação de horários ou de frequência a determinados lugares, bem como no caso de livramento condicional e suspensão condicional da pena³. Destarte, aprovou-se a utilização do monitoramento no cumprimento da pena apenas para os casos de saída temporária em regime semiaberto e prisão domiciliar. Com efeito, o artigo 146-B, da Lei de Execução Penal, foi aprovado com a seguinte redação: *“Art. 146-B. O juiz poderá definir a fiscalização por meio da monitoração*

² Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Msg/VEP-310-10.htm, acesso em: 19/10/2012.

³ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Msg/VEP-310-10.htm, acesso em: 19/10/2012.

eletrônica quando: I - (VETADO); II - autorizar a saída temporária no regime semiaberto; III - (VETADO); IV - determinar a prisão domiciliar; V - (VETADO); Parágrafo único. (VETADO)”⁴.

Além disso, também foi vetado pela presidência o inciso III do artigo 146-C, que atribuía ao condenado o dever de informar imediatamente ao órgão ou entidade responsável pela monitoração eletrônica as falhas no equipamento. O parágrafo único do artigo 146-C teve vetado os incisos III, IV e V, tendo em vista a inviabilidade do monitoramento eletrônico nos casos de suspensão condicional da pena, livramento condicional e pena restritiva de direitos⁵. Portanto, o artigo 146-C foi aprovado com a seguinte redação:

Art. 146-C. O condenado será instruído acerca dos cuidados que deverá adotar com o equipamento eletrônico e dos seguintes deveres:

I - receber visitas do servidor responsável pela monitoração eletrônica, responder aos seus contatos e cumprir suas orientações;

II - abster-se de remover, de violar, de modificar, de danificar de qualquer forma o dispositivo de monitoração eletrônica ou de permitir que outrem o faça;

III - (VETADO)

Parágrafo único. A violação comprovada dos deveres previstos neste artigo poderá acarretar, a critério do juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a defesa:

I - a regressão do regime;

II - a revogação da autorização de saída temporária;

III - (VETADO)

IV - (VETADO)

V - (VETADO)

VI - a revogação da prisão domiciliar;

VII - advertência, por escrito, para todos os casos em que o juiz da execução decida não aplicar alguma das medidas previstas nos incisos de I a VI deste parágrafo⁶.

Por sua vez, o artigo 146-D, que dispõe acerca da revogação da monitoração eletrônica foi aprovado em sua integralidade, dispondo que “Art. 146-D. A monitoração eletrônica poderá ser revogada: I - quando se tornar desnecessária ou inadequada; II - se o acusado ou condenado violar os deveres a que estiver sujeito durante a sua vigência ou cometer falta grave”⁷.

⁴ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12258.htm. Acesso em: 20/10/2012.

⁵ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Msg/VEP-310-10.htm, acesso em: 19/10/2012.

⁶ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20072010/2010/Lei/L12258.htm. Acesso em: 20/10/2012.

⁷ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12258.htm. Acesso em: 20/10/2012.

Salienta-se que para que ocorra a revogação da monitoração eletrônica, o juiz deverá determinar audiência de justificação, antes de sua decisão, na qual serão ouvidos o Ministério Público e a defesa, da mesma forma que ocorre quando se verificam as hipóteses do art. 146-C, parágrafo único, da Lei de Execução Penal (GRECO, 2011, p. 162).

Os vetos efetuados foram justificados pelo Ministro da Justiça, que argumentou que:

A adoção do monitoramento eletrônico no regime aberto, nas penas restritivas de direito, no livramento condicional e na suspensão condicional da pena contraria a sistemática de cumprimento de pena prevista no ordenamento jurídico brasileiro e, com isso, a necessária individualização, proporcionalidade e suficiência da execução penal. Ademais, o projeto aumenta os custos com a execução penal sem auxiliar no reajuste da população dos presídios, uma vez que não retira do cárcere quem lá não deveria estar e não impede o ingresso de quem não deve ser preso ⁸.

Logo, os vetos ocorreram no intuito de zelar pelo sistema progressivo de cumprimento de pena adotado pelo Brasil, bem como considerando que a medida não retira os condenados do cárcere, uma vez que o projeto apenas previu a utilização do equipamento para casos em que o indivíduo já não estaria no cárcere. Sobre o assunto, percebe-se que:

Muito embora uma das finalidades do sistema de monitoração seja o combate à superlotação carcerária, parece que não foi essa a primordial intenção do nosso legislador, tendo em vista que as hipóteses elencadas para a concessão da fiscalização englobem apenas presos já em liberdade. Verifica-se que houve uma maior preocupação em aumentar a fiscalização estatal sobre o condenado do que enxugar a massa carcerária. Em verdade, a única finalidade do monitoramento eletrônico, no Brasil, mostrou-se ser para fins de fiscalização, pelo menos nesse primeiro momento de previsão legal (BURRI, 2011, p. 487).

Assim, com a Lei n. 12.258/2010, que alterou a Lei de Execuções Penais, ocorreu a permissão legal, em âmbito nacional, para utilização do monitoramento eletrônico no cumprimento da pena apenas durante as saídas temporárias no regime semiaberto e na prisão domiciliar.

Anota-se que não há previsão expressa acerca da competência para determinar a monitoração eletrônica, permitindo-se concluir ser do juiz da execução da pena a competência no caso de saída temporária e, do juiz do processo, para determinar a utilização do aparelho no caso de prisão domiciliar. Ademais, tendo em vista que o art. 146-B da Lei de Execução Penal utiliza a expressão “poderá”, parece que não serão em todos os casos de prisão domiciliar e saída temporária que a medida será determinada, o que pode gerar uma

⁸ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Msg/VEP-310-10.htm , acesso em: 19/10/2012.

ofensa ao princípio da isonomia, “uma vez que qual ou quais seriam os critérios utilizados por cada juiz a fim de se impor o sistema a um condenado e não se impor a outro, estando ambos autorizados a saírem temporariamente da prisão, por exemplo?” (BURRI, 2011, p. 487).

Ademais, ressalta-se que o artigo 3º da Lei n. 12.258/2010 estabelece que a implementação do monitoramento será regulamentada pelo Poder Executivo. Com efeito, em 24 de novembro de 2011, foi aprovado o Decreto nº 7.627, que regulamenta a monitoração eletrônica prevista na Lei de Execução Penal e no Código de Processo Penal. O diploma prevê o sigilo dos dados, a necessidade de informação ao monitorado sobre seus direitos e deveres, bem como que o equipamento deverá respeitar sua integridade física, moral e social, e atribui aos órgãos de gestão penitenciária a responsabilidade pela administração, execução e controle da monitoração⁹.

Entretanto, percebe-se que no decreto supramencionado, não foram regulamentados todos os aspectos da medida, como o equipamento a ser utilizado (pulseira ou tornozeleira) e o sistema (ativo ou passivo). Logo, há quem considere que apenas após a aprovação de uma lei disciplinando todos os aspectos necessários para o funcionamento e controle do monitoramento eletrônico é que será possível sua utilização. Porém, tem prevalecido o posicionamento de que “o monitoramento pode ser aplicado independentemente de qualquer regulamentação infralegal ou legal posterior” (LIMA, 2012, p. 1453).

2.3.2 Medida cautelar

A Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011 alterou dispositivos do Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória e demais medidas cautelares. Assim, a lei acrescentou, no Título IX (“Da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória”) várias medidas cautelares que passaram a constituir alternativa à prisão provisória, entre as quais a monitoração eletrônica.

⁹ Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7627.htm>. Acesso em 15.nov.2012.

Com efeito, o artigo 319, inserido no Capítulo V (“Das Outras Medidas Cautelares”), dispõe que “*São medidas cautelares diversas da prisão: (...) IX - monitoração eletrônica*”¹⁰. (grifei)

As medidas cautelares constantes do artigo supramencionado têm a finalidade de impedir que o acusado seja preso antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. O artigo 282, §6º, do Código de Processo Penal dispõe que “*a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar*”. Portanto, antes de ser decretada a prisão preventiva, faz-se necessária a análise acerca da possibilidade de aplicação das medidas cautelares, entre as quais, o monitoramento eletrônico.

Acerca da aplicação das cautelares mencionadas

(...) o juiz, de ofício ou mediante requerimento das partes ou quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público (art. 282, §2º), poderá: (a) substituir a medida, no caso, o monitoramento eletrônico; (b) impor outra cumulação; ou (c) em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único) (cf. art. 284, §4º). De qualquer forma, vale mencionar que a lei faculta a revogação da medida ou substituição quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem (art. 285, §5º). Dessa maneira, nada impede que seja concedida a liberdade provisória e, juntamente, utilizado o sistema de ME, uma vez constatada a sua necessidade, em conformidade com os critérios impostos pelo Diploma Legal (PRUDENTE, 2012, p. 152).

Ressalta-se que, como a lei processual não oferece parâmetros para aplicação da medida, fica a juízo de cada magistrado regular suas condições e limites (PRUDENTE, 2012, p. 153).

Destarte, a Lei n. 12.403/11 inova, na medida que possibilita a utilização do monitoramento eletrônico aos indiciados e acusados - medida cautelar de natureza processual, pois pode ser aplicada na fase de inquérito processual e durante a ação penal -, e não apenas aos condenados, como acontecia até então com a lei 12.258/10 (PRUDENTE, 2012, p. 152/153).

Acerca do tema, Aury Lopes Jr. aduz que a monitoração eletrônica como medida cautelar alternativa está subordinada também ao *fumus commissi delicti* e ao *periculum libertatis*, advertindo que o seu uso, “por ser dos mais gravosos, deve ser reservado para situações em que efetivamente se faça necessário tal nível de controle e, em geral, vem

¹⁰ Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm>. Acesso em 21/10/2012.

associado ao emprego de outra medida cautelar diversa (como a proibição de ausentar-se da comarca, art. 319, IV)”. Assim, trata-se de instrumento que deve ser aplicado apenas em casos mais graves, como última solução antes da decretação da prisão preventiva, posto que a banalização da medida geraria uma expansão ilegítima do controle penal, *com sérios riscos à liberdade individual e à própria dignidade da pessoa humana* (2011, p. 148).

Importante salientar que, paralelamente à Lei n. 12.403, de 04 de maio de 2011, há ainda o anteprojeto do Novo Código de Processo Penal, que também prevê a adoção do monitoramento eletrônico como medida cautelar.

2.3.3 Monitoramento eletrônico no anteprojeto do Novo Código de Processo Penal

Tramita no Senado Federal o Projeto de Lei 156 de 2009, chamado de “Reforma do Código de Processo Penal”, que visa instituir o Novo Código de Processo Penal. Em seu texto inicial, previa a utilização do monitoramento eletrônico como medida cautelar pessoal, a ser aplicada mediante anuência do indivíduo e de forma alternativa à outra medida cautelar pessoal, arbitrada ou não fiança (OLIVEIRA e AZEVEDO, 2012, p. 113).

Em 8 de dezembro de 2011 foi apresentada a redação final do Projeto pelo Senado, que prevê o Monitoramento Eletrônico como medida cautelar pessoal (art. 533) – não mais aplicado de forma alternativa à outra medida cautelar pessoal -, regulamentando a medida nos artigos 591 a 594, inseridos no Livro III (Das Medidas Cautelares), Título II (Das Medidas Cautelares Pessoais), Seção III (Monitoramento Eletrônico)¹¹.

Sobre o Projeto de Lei 156 de 2009, observa-se que ele proíbe a imposição das medidas cautelares ali previstas se elas forem mais gravosas “do que a pena decorrente da condenação, sem que existam indícios suficientes de autoria e materialidade do crime e quando incidirem inequivocadamente causas de exclusão de ilicitude e da culpabilidade ou de extinção de punibilidade em favor do agente” (OLIVEIRA e AZEVEDO, 2012, p. 113).

A redação final do Projeto também prevê, em seu artigo 529, que as medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente, devendo a escolha observar

¹¹ Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=85509&tp=1>> . Acesso em 25/10/12.

critérios de necessidade, adequação e vedação do excesso, bem como as exigências cautelares do caso concreto, a natureza e circunstâncias do crime¹².

Conforme o Projeto, há a necessidade de fundamentação das decisões acerca da aplicação de medidas cautelares, bem como requisitos que a decisão deverá conter, além dos requisitos próprios de cada medida cautelar, quais sejam: fundamento legal da medida; a indicação dos indícios suficientes de autoria e materialidade do crime; as circunstâncias fáticas que justificam a adoção da medida; considerações sobre a estrita necessidade da medida; razões que levaram à escolha da medida, como também à aplicação cumulativa, se necessária; no caso de decretação de prisão, os motivos pelos quais o juiz considerou insuficiente ou inadequada a aplicação de outras medidas cautelares pessoais; a data de encerramento do prazo de duração da medida, observados os limites estabelecidos e a data para reexame da medida, quando obrigatório (§2º do artigo 532)¹³.

Sobre o monitoramento eletrônico, há necessidade de anuência expressa do acusado para a utilização do dispositivo (artigo 592), bem como está prevista a responsabilidade do Estado caso o aparelho seja ostensivo ou coloque em risco a saúde do investigado (artigo 593). Além disso, conforme artigo 594, considera-se descumprida a medida se o monitorado causar danos ou romper o dispositivo, desrespeitar os limites territoriais fixados na decisão judicial, deixar de manter contato regular com a central de monitoramento ou não atender à solicitação de presença.

Salienta-se que originalmente o projeto previa no art. 579 sua aplicação nos crimes cujo limite máximo da pena privativa de liberdade cominada fosse igual ou superior a 8 (oito) anos. Outrossim, essa disposição foi modificada em 9 de novembro de 2010, quando foi aprovado substitutivo à proposta original, relatado pelo Senador Heráclito Fortes, prevendo a possibilidade de utilização do monitoramento como medida cautelar para crimes cuja pena máxima cominada for igual ou superior a 4 (quatro) anos, sendo mantidas as demais disposições do projeto original (OLIVEIRA e AZEVEDO, 2012, p. 115).

Destarte, a redação final do Projeto pelo Senado prevê, no artigo 591, que “Nos crimes cujo limite máximo da pena privativa de liberdade cominada seja igual ou superior a

¹² Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=85509&tp=1>> . Acesso em 25/10/12.

¹³ Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=85509&tp=1>> . Acesso em 25/10/12.

4 (quatro) anos, o juiz poderá submeter o investigado ou acusado a sistema de monitoramento eletrônico que permita a sua imediata localização”¹⁴.

Importante ressaltar que o monitoramento eletrônico como medida cautelar pessoal consiste em uma forma diferente de cumprimento das prisões cautelares já existentes na fase investigativa e processual, não se tratando, portanto, de uma nova medida cautelar. Tanto é assim que o anteprojeto apenas indica o critério quantitativo da pena, não mencionando os requisitos ou fundamentos para a aplicação da medida (PRUDENTE, 2012, p. 154).

¹⁴ Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=85509&tp=1>>. Acesso em 25/10/12.

3 (DES) RAZÕES DO MONITORAMENTO

3.1 EXPANSIONISMO DO DIREITO PENAL X CUSTOS DO SISTEMA

3.1.1 O monitoramento eletrônico como expansionismo do controle penal sob o argumento de redução de custos

Existe divergência no debate sobre a positividade ou não da adoção do monitoramento eletrônico no sistema criminal.

Por um lado, são apontados pelos defensores da medida os seguintes benefícios: a redução da população carcerária, com a consequente diminuição de motins e rebeliões; a conservação do vínculo familiar/social; a possibilidade de trabalho e estudo por parte do infrator, contribuindo assim com o sustento da família, com o custo do monitoramento eletrônico e com a reparação dos prejuízos sofridos pela vítima; redução da reincidência; redução de custos; melhor ressocialização do infrator; maior controle/fiscalização das determinações judiciais (PRUDENTE, 2012, p. 154/155).

Outrossim, os opositores à adoção da medida apontam as seguintes desvantagens: o estigma social sofrido pelo monitorado em razão da utilização do aparelho; a invasão na esfera privada do infrator e também de sua família, consistindo em “castigo indireto”; violação de direitos fundamentais tais como o direito à privacidade, à intimidade, à inviolabilidade de domicílio, a presunção de inocência, à igualdade e à liberdade de locomoção; violação da dignidade da pessoa humana, na medida em que viola a integridade física e moral; aumento do controle social; ineficácia no impedimento da prática de delitos; atividade lucrativa para os produtores e comerciantes dos dispositivos (PRUDENTE, 2012, p. 154).

Com efeito, um dos principais argumentos daqueles que são favoráveis à adoção do monitoramento eletrônico consiste na redução de custos que o Estado teria em relação ao sistema carcerário, pois o indivíduo preso oneraria muito mais os cofres públicos do que o

monitorado eletronicamente. Observa-se (PRUDENTE, 2011, p. 16) que o equipamento custa em torno de R\$ 700,00 a R\$ 800,00, sendo que a mensalidade é de R\$ 40,00 por preso.

Salienta-se que, em todos os países do mundo, a inserção do monitoramento eletrônico nos ordenamentos jurídicos aconteceu em função de preocupações econômicas e não humanitárias (CAIADO, 2012, p. 164). Não se pode olvidar também que sua implantação no direito estadounidense encontra seu fundamento no utilitarismo (SUMARRIVA, 2012, p. 53). Isso porque, além de mais barata, a medida atende às dificuldades que surgem de um “parque prisional cada vez mais amplo”. Anota-se que essa amplitude decorre de dois fatores:

(a) A urbanização extensiva que tem provocado a perda de valores normativos e a pulverização do controle social formal. Favorecendo o crescimento dos fenômenos criminais cada vez mais extensivos e complexos; (b) a prisão permanece como o paradigma da reação penal, mau grado o fortalecimento e enorme crescimento da *probation*, isto é, da doutrina das penas de execução na comunidade (CAIADO, 2012, p. 164/165).

A prisão, assim, tornou-se muito onerosa para os Estados, que a concebem como reação penal predominante ou exclusiva, mantendo um ritmo de encarceramento que acarreta em um quadro de superlotação prisional, bem sentido no Brasil. Então, em função dos gastos que representa e da superlotação – que acaba afetando significativamente a dignidade humana-, muitos países acabam vendo no monitoramento eletrônico uma alternativa economicamente mais vantajosa que o controle prisional (CAIADO, 2012, p. 165).

Entende-se, por conseguinte, que a medida ajudaria na diminuição da superpopulação carcerária, sobretudo nos estabelecimentos de prisão preventiva, onde as taxas são mais críticas (OLIVEIRA, 2007, p. 114). Com efeito, na Europa, a redução de custos com a adoção da monitoração eletrônica é um argumento considerado para sua implantação, pois estima-se que a medida custa 1/5 (um quinto) do valor correspondente ao ingresso na prisão. Por sua vez, na Inglaterra, a economia é ainda maior, sendo que um preso custa entre 360 e 660 libras por semana, enquanto o apenado que está sob vigilância eletrônica, 30 ou 40 libras por semana. Na Espanha, os dados se aproximam da Grã-Bretanha. Por fim, no Canadá, a monitoração representa menos que a metade do custo com a prisão (GONZÁLEZ, 2008, p. 82).

César Barros Leal anota que a redução dos gastos com a adoção do monitoramento eletrônico é ainda maior se for considerada a economia de custos com a edificação de

estabelecimentos prisionais (2011, p. 79). Ademais, segundo o autor, há outros pontos que devem ser considerados para avaliar os gastos, tais como:

- a) os custos tendem a se tornar mais baratos com o aumento do contingente de implicados, a duração da medida, o tipo de tecnologia empregada, as condições do contrato e a queda sucessiva dos preços;
- b) seu valor dependerá de outras variáveis, entre as quais: compra ou aluguel dos equipamentos; uso intermitente ou contínuo durante as 24 horas do dia etc.;
- c) em alguns países (Estados Unidos, Bélgica e Suécia), os custos são com frequência assumidos pelos infratores; em outros (a França é um exemplo), se paga uma taxa mensal que se incrementa na hipótese de reincidência;
- d) é uma operação barata à fiscalização, feita muitas vezes por um numeroso grupo de policiais, do cumprimento da prisão domiciliar de pessoas envolvidas no crime organizado (LEAL, 2011, p. 80).

Outrossim, no que tange aos custos do sistema no Brasil, Carlos Weis, Defensor Público do Estado de São Paulo, aduz que existem dúvidas no tocante à operação e custo do sistema, sendo que não foi efetuada uma auditoria oficial que informasse exatamente se existe a alegada economia operacional. Além disso, o autor alerta que o Estado poderia ficar refém das empresas fornecedoras do equipamento na renovação dos contratos de monitoramento, pois a tecnologia é privativa de algumas poucas empresas privadas. “Acaso seria feito o *recall* dos usuários se fosse suspensa a operação ou trocado o fornecedor dos serviços?” (2007, p. 12).

Nesse contexto, surge a preocupação de que, com o argumento utilitarista de reduzir os custos do sistema, verifique-se uma verdadeira expansão do controle social, na medida que a ingerência na esfera privada das pessoas será ampliada. Conforme leciona David Garland, há uma nova cultura penal, a qual evidencia a mudança da ênfase dos “métodos de reabilitação” para o “controle efetivo”, centrada, portanto, em objetivos retributivos e voltada à dita segurança pública (GARLAND, 2005, p. 286).

Para tanto, houve uma resignificação do significado da “reabilitação”, na medida em que antes, com o “welfare” – Estado de bem-estar social – havia uma certa preocupação com a transformação das relações sociais do indivíduo, sendo que agora a tendência consiste na imposição de restrições sempre com foco na conduta delitiva, com vistas à proteção do público, e não mais com o enfoque no sujeito delinquente. Assim, a reabilitação se reduziu a um meio de controle de risco, de redução do perigo e intensificação da segurança pública, de maneira que o delinquente pode até ser tratado, mas somente se isto servir para proteger a sociedade ou reduzir o custo do castigo simples e direto. A atual preocupação é, portanto, com a diminuição do “risco de vitimização” futura a custo mínimo, com vistas ao

“fortalecimento eficiente do controle social” (GARLAND, 2005, p. 289). Assim, o senso comum de “segurança pública” é o que impera, mesmo que para alcançar essa segurança seja necessário desprezar os direitos dos detentos (AMARAL, 2012, p. 40).

Nunca se esteve tão distante da assitência e amparo ao delinquente e tão próximo da ideia de “gestão de riscos”, por meio do controle intenso das condutas dos “desviantes” para a proteção do público, sendo que o uso do monitoramento eletrônico é apenas mais um fragmento deste “mosaico” punitivo (AMARAL, 2012, p. 39).

A estigmatização, nesse novo contexto, passa a ter utilidade, pois configura um alerta geral à sociedade sobre o “perigo” que a pessoa representa. Dessa forma, vê-se a vigilância eletrônica como, além de uma possibilidade de continuar punindo, ainda ter a vantagem de servir como sinal de cuidado para toda comunidade. Nessa lógica, deixa-se de questionar sobre a estigmatização sofrida pelo condenado que carrega um aparelho de monitoramento em seu próprio corpo, talvez porque, a sociedade já tenha naturalizado a ideia de que certos indivíduos, por delinquirem, já não são mais membros do “público”, logo, não são dignos de consideração (AMARAL, 2012, p. 39).

Assim, “o próprio combate contra estes inimigos, com os quais não se pode conceber qualquer compreensão mútua, demonstra a retomada da concepção etiológica-essencialista do delinquente indesejável, perverso, monstruoso e irrecuperável” (AMARAL, 2012, p. 42). Com efeito, o estilo da racionalidade econômica acaba sendo o que melhor corresponderá às expectativas punitivas deste calibre, sendo que a política criminal é pautada pelo enfoque econômico do “custo-benefício”. Salienta-se que, quando se trata de fazer legislações, uma após a outra, criminalizando condutas, essa preocupação com recursos e contabilidade do Estado desaparece (AMARAL, 2012, p. 43).

Importa destacar que o Estado Penal, que se agiganta e visa ampliar sua esfera de controle, também se preocupa em criar banco de dados centralizados e informatizados para “controlar os ditos desviantes”. Um exemplo dessa preocupação são os Estados Unidos, país em que quase 1/3 da população adulta está incluída nessas “fichas criminais” – mais que 55 milhões de pessoas (WACQUANT, 2007, p. 234-249). O âmbito de controle do sistema penal dos Estados Unidos aumentou consideravelmente em função da criação desses bancos de dados criminais e pela multiplicação dos meios de controle à distância que eles possibilitam (WALCQUANT, 2007, p. 232).

O Brasil demonstra a mesma tendência dos Estados Unidos no que tange à ampliação da rede de controle, tendo em vista que nunca se puniu tanto como atualmente. Entre os anos

de 2003 a 2010 houve um aumento de 60% no número total de presos no sistema e na polícia. Assim, em 2010, o Brasil consolidou, no relatório do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário do Conselho Nacional de Justiça, a posição de terceira maior população carcerária do mundo, com 494.237 presos, perdendo apenas, em patamares absolutos, para os Estados Unidos e China. No Brasil, hoje, há 266,32 presos para cada cem mil habitantes. (AMARAL, 2012, p. 46/47).

Assim, ficou claro que, mesmo com os substitutivos penais adotados pelo Brasil a partir da década de setenta – como as penas pecuniárias, a suspensão condicional da pena e o livramento condicional-, a finalidade de evitar o cárcere não foi alcançada (AMARAL, 2012, p. 47).

O que se percebe é que a adoção das penas e medidas alternativas “não diminui os níveis de encarceramento no Brasil, ao contrário, a curva permanece crescente, gradual e constante, o que bem pode retratar a falácia do discurso que se mantém firme, até com belas intenções, quando da defesa dos instrumentos substitutivos com vista a diminuir o impacto das políticas punitivistas” (AMARAL, 2012, p. 49). Isso porque:

A pena alternativa, tal como é prevista no ordenamento brasileiro e aplicada pelo sistema de justiça, não cumpre a função de “esvaziar as prisões”, ou seja, o perfil do indivíduo apenado por pena restritiva de direito, especialmente quanto ao delito cometido, não se identifica com o da população carcerária. (...) conclui-se que os indivíduos que são condenados à pena privativa de liberdade e que têm realmente sua pena substituída pela pena restritiva de direitos não seriam apenados com a prisão, dada a pré-existência de outros institutos, como o sursis, que evitariam sua prisão (ILANUD, 2006, p. 16/17).

Assim, os “substitutos penais” acabam se caracterizando como uma ampliação da rede de controle social formal, na medida em que consistem em “aditivos às prisões” ou mero prolongamento do encarceramento. Augusto Jobim do Amaral adverte que pouco importa saber se o cenário poderia ser pior se não existissem as medidas alternativas, uma vez que é evidente que o resultado dessas práticas foi a expansão do tecido penal, que foi viabilizada por estes mecanismos (2012, p. 50/51). Com efeito, sobre o monitoramento eletrônico, o autor afirma que:

Pontualmente, se estivermos falando de dispositivos eletrônicos que, em tese, num primeiro momento, aliviaram o acesso às vagas na esfera da execução da pena em meio aberto, o que haveria, não tarde no momento seguinte, seria um novo déficit de vagas, igual ou maior que o anterior, tanto no âmbito dos regimes de semiliberdade quanto agora na nova esfera destes incipientes dispositivos eletrônicos. (...) se, por um lado, não ganharíamos a possibilidade de reduzir o âmbito da prisão, noutro patamar, teríamos como síntese inarredável a inflação

exponencial do controle penal. Isto nada teria a ver com uma política do “menos pior”, muito menos seria condizente com uma espécie de *política redutora de danos*, ao menos na perspectiva comum (2012, p. 51, grifo do autor).

O que se verifica nesse cenário é, então, que existe uma expansão da pena de prisão para as infrações consideradas mais graves e de penas “não detentivas” para as mais leves, consistindo em um aumento das formas de intervenção, na medida em que se expandem as sanções intermediárias e não há efetiva substituição do cárcere. É nesse paronâma de utilização do sistema penal para “gestão do risco” que surge o ânseio pelo desenvolvimento de respostas precisas e efetivas ao delito, como a utilização de novas tecnologias “para incrementar o controle social e ao mesmo tempo reduzir custos, além de servir como resposta às demandas públicas por maior controle e punição” (OLIVEIRA e AZEVEDO, 2012, p. 106).

Fica claro, assim, que o monitoramento eletrônico corresponde às expectativas da sociedade de controle na medida que evita que o sujeito “vigiado” volte a representar um “risco” à comunidade.

Diante do aumento da criminalidade e, em especial, da disseminação do medo do crime na sociedade contemporânea, o Estado reforça a pretensão de aumento da malha de controle. Nesse contexto, faz-se sedutora a ideia de monitorar aqueles que se encontram subjugados ao poder punitivo estatal, “em tempo real”, retomando-se a sensação de controle total por parte do Estado, uma vez que é cada vez mais difícil convencer a opinião pública de que determinadas sanções, tais como a prisão domiciliar ou a prestação de serviços comunitários, ou o sistema progressivo de aplicação da pena, são eficazes, diante do perigo que representam aqueles para os quais se destinam (OLIVEIRA e AZEVEDO, 2012, p. 107).

Outrossim, a medida surge sem a realização de estudos e análises sobre a sua real efetividade e utilidade, como sendo mais uma expansão do controle penal, impulsionado pela demanda punitiva (OLIVEIRA E AZEVEDO, 2012, p. 125).

Um exemplo é o estudo feito no Distrito Federal, para avaliar a possibilidade de adoção do monitoramento nas saídas temporárias de final de ano dos condenados, embasado nos argumentos divulgados pela mídia acerca da necessidade de controle dos apenados nesses casos. Realizou-se uma análise sobre os custos desse tipo de controle, bem como um levantamento de dados acerca das ocorrências criminais entre os anos de 2005 a 2008, onde constatou-se que o número de presos que não retornam do “saidão” é muito baixo, em torno de 2% e com leve tendência de queda – em 2008, o percentual foi de 1,5%. Ademais, os presos beneficiados com saída temporária envolvidos em ocorrências criminais correspondem em média a 0,14%. Dessa forma, concluiu-se que não há diferença

significativa no número de ocorrências fora e dentro do “saidão”. (OLIVEIRA E AZEVEDO, 2012, p. 126/127).

As evidências apresentadas pela pesquisa realizada no DF servem para indicar que, para além da adoção do monitoramento eletrônico de apenados como medida de controle vinculada à demanda punitiva e ao crescente medo social, é preciso avaliar se há de fato justificativa e legitimidade para a adoção de uma medida que se coloca como acréscimo ao cumprimento da pena, como no caso das saídas temporárias (OLIVEIRA e AZEVEDO, p. 127).

Em idêntico sentido, Ana Calderón Sumarriva leciona que não há dados suficientes que permitam afirmar que a vigilância eletrônica reduza a possibilidade de novos delitos (2012, p. 47). Acrescenta-se a isso, a observação de que a medida não tem nenhum efeito reabilitador, pois não soluciona os problemas do delinquente – não muda suas atitudes e aptidões –, de forma que, por si só, não gera um efeito de reintegração do condenado à sociedade (SUMARRIVA, 2012, p. 46).

Observa-se, portanto, que a monitoração eletrônica se trata de uma ampliação das malhas punitivas e da manutenção de uma cultura que visa manter a situação de atuação, ou seja, manter a violência mesma. Sobre o tema, Maria Lúcia Karam adverte que o monitoramento eletrônico é apresentado, pelos argumentos enganosos que sustentam o sistema penal, como um avanço humanizador da pena, o que impede uma crítica concreta ao sistema penal (2007, p. 04). Evidente que a pretensa “redução de danos” alegada para justificar implementação da medida é falsa, pois o que se pretende é aumentar o controle existente, mantendo, portanto, a violência.

Nesse viés, Alexandre Pandolfo preconiza que:

Obviamente, os pretensos reformadores do sistema penal estão sempre apegados ao *sistema*. E disso dá conta todas as expectativas redutoras de danos, sempre mantenedoras do fundamental: o sistema. Acontece, então, que, ainda que existam argumentos legitimadores da utilização de tal monitoramento, fundamentados naquilo que significa “redução de danos”, esta fundamentação mesma é falsa porque está erguida em nome da manutenção da violência. A atualização aperfeiçoada dos mecanismos de controle não pode esconder que o problema é já o controle e toda a retórica que o legitima. O aperfeiçoamento da gestão do risco, a idéia de gerir o risco, a administrativização da sociedade, as teorias dogmáticas e as suas reinvenções prestam exatamente o mesmo serviço que os equipamentos de monitoramento: servem ao mito do esclarecimento, à racionalidade instrumental; de forma que não é de se espantar a “efetividade” das justificativas à manutenção da violência; não se trata, pois, de uma nova cultura do controle, mas de um momento efetivo, ou melhor, de um momento de efetivação da cultura penal – mais uma expressão para o mesmo. (...) ainda que fracassem em relação ao outro, em relação a dizer outra coisa, dizer diferente do que está fadada a dizer, as respostas penais, culturalmente constitutivas, precisam afirmar a si mesmas em detrimento da crítica à violência. Dessa forma, formatado instrumentalmente, a

lógica que guia a “redução de danos” só pode acarretar o alargamento de si mesma – a lógica que captura e aniquila a diferença – à custa da educação, indiferente à qualidade do educar, a qualidade do tempo de pensar contra o esquematismo do entendimento puro (PANDOLFO, 2012, p. 29/30).

3.1.2 A falácia da redução de custos do sistema brasileiro

O monitoramento eletrônico introduzido na Lei de Execução Penal (LEP), por meio da lei n. 12.258/10, prevê a utilização do dispositivo para os casos de saída temporária no regime semiaberto e prisão domiciliar. Logo, é evidente que a medida apenas alongou “os braços do cárcere”, fez inchar o ordenamento, encarecer e o tornar mais incompreensível, pois sequer há substituição ao encarceramento nas hipóteses referidas (VALOIS, 2012, p. 129). Ao invés de reduzir a população carcerária, a medida acabou atingindo os infratores que já estão fora da prisão, servindo apenas como auxiliar para fiscalizar a saída temporária e a prisão domiciliar, consistindo em um *plus* no controle, um aumento na privação da liberdade (PRUDENTE, 2011, p. 16/17).

Ademais, conforme já exposto, outras possibilidades de utilização do monitoramento eletrônico, como para o regime aberto, penas restritivas de direito, livramento condicional e suspensão condicional da pena, foram vetadas pela presidência justamente por serem desproporcionais e aumentar “os custos com a execução penal sem auxiliar no reajuste da população dos presídios, uma vez que não retira do cárcere quem lá não deveria estar e não impede o ingresso de quem não deva ser preso”. Percebe-se assim que os vetos realizados foram incoerentes, posto que as hipóteses em que o monitoramento foi aprovado também não são descarcerizadoras, consistindo em um acréscimo no rigor da pena e, como já mencionado, ao aumento dos custos do sistema (VALOIS, 2012, p. 129/130).

No mesmo sentido, Túlio Vianna observa que apenas se o sistema fosse adotado por condenados cumprindo pena privativa de liberdade, ter-se-ia uma economia financeira, posto que a medida é menos onerosa que o cárcere (2012, p. 191). O autor adverte que, embora a maioria das críticas se dirijam à tecnologia do monitoramento eletrônico, o que na realidade ameaça o Estado Democrático de Direito e, conseqüentemente, a existência de um direito penal democrático são as “opções político-criminais dos usos dessa tecnologia que, no lugar de substituir o cárcere, está sendo utilizada para incrementar o rigor da execução penal” (2012, p. 192-193).

Esse também é o entendimento de Juliana Burri, ao discorrer que “houve uma maior preocupação em aumentar a fiscalização estatal sobre o condenado do que enxugar a massa carcerária. Em verdade, a única finalidade do monitoramento eletrônico, no Brasil, mostrou-se ser para fins de fiscalização, pelo menos nesse primeiro momento de previsão legal” (BURRI, 2011, p. 487).

O ideal seria que o Estado observasse a Constituição de 1988, bem como a Lei de Execução Penal em todos seus aspectos, implementando “políticas criminais à luz do princípio da intervenção mínima e construindo políticas econômico-sociais capazes de proporcionar à população condições dignas de vida” (PRUDENTE, 2011, p. 19).

Fica claro, então, que na legislação em questão o argumento foi de descarcerização e consequente redução de custos do sistema, mas o objetivo foi de aumento do controle e do rigor punitivo.

Ademais, observa-se no caso do monitoramento eletrônico durante a prisão domiciliar, que o legislador disse legislar para uma situação, mas pretendia legislar para outra. Na medida em que o objetivo não era monitorar/controlar a mulher grávida ou o preso com mais de 70 anos – que cumprem prisão domiciliar-, mas sim os presos do regime aberto, que são mantidos em prisão domiciliar em função da inexistência de casas do albergado (VALOIS, 2012, p. 131). Assim, a omissão do Estado em garantir a existência das casas de albergado – local que não serve apenas de punição, mas deveria servir para auxiliar no trânsito entre o cárcere e a liberdade, além de manter diversas assistências, que ainda são direitos previstos em lei – é “compensada” pelo monitoramento eletrônico apenas para satisfazer o sentimento punitivo por meio da vigilância, sem haver a mínima preocupação com a assistência ao preso.

Assim, o que pretende o poder público com a lei do monitoramento é assumir a ausência da assistência ao preso, mas manter e até agravar o nível de punição presente na pena em regime aberto. Se antes, na falta da casa do albergado, o que incomodava a todos era o aspecto de impunidade da prisão domiciliar, o problema está resolvido. Pune-se mais para não se punir de acordo com a lei (VALOIS, 2012, p. 131).

No mesmo sentido, Neemias Moretti Prudente, ao discorrer sobre a utilização da medida na fase de execução penal, também afirma que a vigilância eletrônica está sendo utilizada não como uma alternativa à prisionalização, mas sim como um instrumento de controle dos presos durante o cumprimento da condenação – fase em que se deveria “testar a capacidade do condenado de se comportar de forma socialmente desejada”. Assim,

conforme o autor, acaba sendo incoerente monitorar os passos do condenado quando o objetivo deveria ser o da auto-disciplina, isso porque, com o monitoramento “o comportamento desejado será obtido não pela introspecção dos valores sociais no acusado ou por medo da sanção penal, mas por um controle direto das autoridades” (2012, p. 155). Com efeito, esse também é o entendimento de Túlio Vianna (2012, p. 193) que preconiza:

(...) A imposição do rastreamento eletrônico nesta fase da execução, longe de favorecer a criação de um senso de auto-disciplina do condenado, criará nele a dependência de um mecanismo externo de vigilância que evitará o seu comportamento indesejado. Não mais será a introspecção de valores sociais que guiará sua conduta, mas o medo da vigilância eletrônica que poderá lhe enviar de volta ao cárcere em caso de desvio. Criam-se então figuras paradoxais da execução penal que visam testar a auto-disciplina do sentenciado, vigiando-o constantemente. Algo como a mãe que deixa o filho ir sozinho ao colégio e o segue a poucos metros para evitar que ele se desvie de seu caminho.
(...) O mesmo não se dá quando o condenado está em gozo do benefício sem o equipamento de rastreamento eletrônico, pois sua auto-disciplina é testada em condições idênticas as que vivenciará após o cumprimento de sua pena (VIANNA, 2012, p. 193).

O autor supracitado adverte que a política de adoção do monitoramento eletrônico de condenados acaba, assim, sendo dispendiosa e ingênua. Dispendiosa porque não diminui a população carcerária, mas sim aumenta os gastos com a segurança pública sem que exista expectativa de redução da reincidência, tampouco da criminalidade. Ingênua pois “pressupõe um paternalismo penal que concebe o condenado como um indivíduo sem autonomia ou vontade própria que precisa ser constantemente vigiado para comportar-se conforme o direito”. Assim, esquece que não existem prisões perpétuas em nosso ordenamento, de maneira que mais cedo ou mais tarde a autonomia do vigiado será colocada à prova sem o monitoramento eletrônico (VIANNA, 2012, p. 197).

Destaca-se que os resultados de avaliações realizadas por Klein e Safran, em 1995, concluíram que “nada autoriza a afirmação de que o monitoramento eletrônico conduza a uma prevenção mais eficaz da recidiva do que uma pena de prisão, ou que ele produza efeitos diferentes da liberdade pura e simples” (OLIVEIRA, 2007, p. 116).

Sobre a adoção da medida como uma possibilidade de redução dos custos do sistema, Neemias Moretti Prudente adverte que em outros países - como Portugal e Argentina - que aplicaram a medida com foco na substituição das prisões preventivas e, após, em substituição da pena privativa de liberdade, houve significativa diminuição de gastos públicos pois, de fato, o cárcere foi substituído (2012, p. 155). Ademais, salienta-se que a

medida somente será rentável se não substituir outras de menor custo, como a liberdade condicional ou a suspensão condicional da pena (OLIVEIRA, 2007, p. 117).

No que se refere à previsão do monitoramento eletrônico como medida cautelar processual, inserida no ordenamento jurídico brasileiro pela lei n. 12.403/2011, a situação é um pouco diferente. Isso porque, se aplicada adequadamente, ou seja, apenas nos casos estritamente necessários – previstos nos próprios requisitos da prisão preventiva-, a medida, de fato, poderá servir para substituir a prisão preventiva, evitando o encarceramento. Nesse diapasão, Neemias Moretti Prudente discorre que:

Como medida cautelar, o ME é uma medida eficaz, pois como é sabido hoje, nas prisões cautelares os presos provisórios devem ficar separados dos presos definitivamente condenados – em celas distintas, todavia, diante da nossa desestruturada realidade carcerária, poucas vezes se tem garantido esta separação, igualando o suspeito ao condenado e sujeitando ambos a tratamento desumano. Pensamos que o ME deva ser utilizado estritamente para substituir prisões (cautelares e definitivas) e desde que não redunde em aumento da estigmatização social e seja adequadamente acompanhada. Ademais, a julgar pelos casos de pessoas ainda não condenadas, deve-se sempre ter em mente o primado constitucional da presunção de inocência, aplicando-se o ME apenas aos casos de estrita necessidade previstos nos próprios requisitos da prisão preventiva (2012, p. 156).

No mesmo viés é o entendimento de Renato Brasileiro de Lima ao afirmar que a previsão do monitoramento eletrônico como medida cautelar (no art. 319, inciso IX, do Código de Processo Penal) se apresenta como alternativa ao encarceramento e tende a reduzir a superpopulação prisional, diferentemente do que ocorre com o monitoramento previsto na Lei de Execução Penal, que representa um *plus* no controle de pessoas que já foram condenadas, porquanto é cabível apenas durante a saída temporária no regime semiaberto e na prisão domiciliar (2012, p. 1456).

Também Auri Lopes Jr. destaca que a monitoração eletrônica como medida cautelar é um instrumento útil, mas que deve ser utilizado apenas para casos graves, como último recurso antes da decretação da prisão preventiva, “sob pena de sua banalização gerar um expansionismo ilegítimo do controle penal, com sérios riscos à liberdade individual e à própria dignidade da pessoa humana” (2011, p. 148).

Outrossim, como já mencionado, é preciso cautela na aplicação da referida medida cautelar, pois pode repetir-se os resultados obtidos com o sistema de penas alternativas adotado pelo Brasil, que, consoante já mencionado, acabou incrementando as possibilidades de controle ao invés de diminuir a população carcerária, aumentando os custos do sistema.

Edmundo Oliveira, ex-Presidente do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP e Vice-Presidente para a América Latina da Sociedade Internacional de Criminologia, adverte que:

Todavia, muitos estudiosos, na França, perguntam se o monitoramento eletrônico é efetivamente capaz de diminuir a população carcerária, uma vez que ele produz o efeito de aumentar a capacidade de recepção do sistema penitenciário. Os Magistrados não se inclinariam a pronunciar penas mais duras, sabendo que essas seriam cumpridas em liberdade controlada por um dispositivo eletrônico? As pesquisas efetuadas na França e na Inglaterra não apresentam consenso algum sobre a eficácia desse tipo de controle como fator de diminuição da população carcerária (OLIVEIRA, 2012, p. 115).

Por fim, importa mencionar que existe também na doutrina, argumentos no sentido de que o próprio indivíduo monitorado deveria custear o sistema de monitoramento, como acontece em alguns países, contribuindo para a rentabilidade da medida. Em que pese essa possibilidade, observa-se que essa exigência acarreta no rompimento da igualdade entre os condenados ante à pena imposta pelo Estado, já que nem todos poderão custear a medida e aqueles que se encontram encarcerados não pagam as despesas que asseguram a sua guarda. Assim, na França, o encargo financeiro imposto aos indivíduos monitorados está em discussão, salientando-se que, muitas vezes, acaba gerando dificuldades financeiras para a família do condenado, indo além do limite da pena que, nesse caso, acaba perdendo seu caráter personalíssimo (OLIVEIRA, 2007, p. 77).

Dessarte, não bastasse o expansionismo do controle penal que a monitoração eletrônica representa, o argumento de redução de custos é enganoso quando se refere à monitoração eletrônica prevista na Lei de Execução Penal e, ainda, no tocante ao monitoramento eletrônico como medida cautelar, não é certo que implicará em diminuição de gastos.

3.2 DIREITO À INTIMIDADE E MONITORAMENTO

3.2.1 Direito fundamental à intimidade

A Constituição Brasileira de 1988, à exemplo das Constituições modernas, consagra expressamente o princípio da dignidade da pessoa humana, prevendo também direitos

fundamentais que decorrem desse princípio e devem ser protegidos pelo Estado, como é o caso do direito à intimidade, previsto no art. 5, inciso X, da CRFB, que dispõe: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (GRECO, 2011, P. 171/172).

A doutrina utiliza a *teoria das três esferas* para fixar os limites de valoração da natureza pessoal, consistindo em: “esfera íntima ou individual”, “esfera privada” e “esfera pública”, que consistem, respectivamente:

A esfera íntima ou individual está no núcleo da existência humana, caracterizada por peculiaridades da individualidade, como sigilos e balizas da honra subjetiva, que não se reparte com ninguém, visto que a intimidade se concentra no direito ao isolamento que está à margem do mundo exterior.

A esfera privada é inerente ao aspecto reservado da individualidade humana que deseja compartilhar a vida apenas com um grupo restrito em um ambiente de confiança e estima, aí incluídas as relações de família e de amizade.

A esfera pública diz respeito ao ser humano como cidadão do planeta, aberto à exposição no meio social circundante (OLIVEIRA, 2007, p. 122).

Assim, a teoria das esferas, que possui origem no direito alemão, permite visualizar, de forma figurada, três círculos concêntricos, sendo o menor aquilo que existe de mais íntimo (reservado); ao redor deste, a intimidade familiar; e, por fim, no círculo mais externo, a área correspondente à esfera pública (GRECO, 2011, p. 172).

Nesse viés, para Guilherme Peña de Moraes (2010, p. 531/532), o direito à intimidade e o direito à privacidade são espécies do gênero “direito à integridade moral”, juntamente com o direito à honra e à imagem. Para o autor, o direito à intimidade se refere ao “modo de ser da pessoa, que consiste na exclusão do conhecimento, de outros, de tudo a que a ela se refira”, de forma que o sigilo representa uma proteção à intimidade. Por sua vez, para o autor, o direito à privacidade diz respeito “à convivência entre as pessoas humanas, delimitada por três esferas concêntricas e sobrepostas”, que consistem em:

Na esfera social, as pessoas humanas procuram satisfazer os seus interesses enquanto membros da sociedade, comportando os fatos que são suscetíveis de conhecimento por todos.

Na esfera privada, as pessoas humanas procuram satisfazer os seus interesses enquanto membros de uma comunidade, compreendendo os fatos que podem ser compartilhados com um número restrito de pessoas.

Na esfera individual ou íntima, as pessoas humanas procuram satisfazer os seus interesses isoladas do grupo social, resguardadas as suas particularidades, contemplando os fatos que estão subtraídos do conhecimento de todas as outras, de maneira que a intimidade simboliza a parte mais recôndita do direito à privacidade, na medida em que “a intimidade é o âmbito do exclusivo que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social, nem mesmo ao alcance de sua

vida privada que, por mais isolada que seja, é sempre um viver entre outros. Já a vida privada envolve a proteção de formas exclusivas de convivência. Trata-se de situações em que a comunicação é inevitável, das quais, em princípio, são excluídos terceiros” (PENÃ DE MORAES, 2010, p. 532/533).

A privacidade não se refere ao segredo propriamente dito, mas sim “envolve o sentimento, a valorização do estado de espírito, a fuga que a pessoa precisa realizar para dentro de si, no cultivo do jardim secreto da própria vida”. Portanto, faz-se necessária a proteção legal para coibir as violações à privacidade, como para evitar escutas, gravações, interceptação de correspondências, entre outros. Destarte, “*no rol de direitos humanos, a defesa da privacidade deve ser sempre firmada nos limites da legitimidade que é assegurada ao status do indivíduo e à forma dinâmica pela qual ele se insere no Estado de Direito peculiar ao agrupamento social*” (OLIVEIRA, 2007, p. 121).

Sobre o direito à intimidade, Ana Calderón Sumarriva afirma que, nos dias atuais, pode-se defini-lo como um lugar reservado para si mesmo, um espaço interior alheio à visão de estranhos (2012, p. 93).

Por sua vez, ao discorrer sobre o direito à privacidade, André Ramos Tavares aduz que este direito engloba os direitos à intimidade, à privacidade e também da personalidade da pessoa humana. Segundo ele, pelo direito à privacidade, apenas ao titular compete a escolha de tornar público ou não seus dados, informações, referências e manifestações individuais (2010, p. 669).

A intimidade, para o autor suprarreferido (2010, p. 670), consiste naquilo que diz respeito “única e exclusivamente à pessoa em si mesma, ao seu modo de ser e de agir em contextos mais reservados ou de total exclusão de terceiros”. Sobre a diferença entre intimidade e vida privada, utilizando a teoria das esferas, o autor afirma que a intimidade seria a esfera mais reservada, possuindo acesso vedado ou muito restrito e, a vida privada, teria uma camada protetiva menor, mas existente – muitos podem ter acesso, mas é vedada a divulgação irrestrita/massiva e necessita de autorização. Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco preconizam que

(...) o direito a intimidade faria parte do direito à privacidade, que seria mais amplo. O direito à privacidade teria por objeto os comportamentos e acontecimentos atinentes aos relacionamentos pessoais em geral, às relações comerciais e profissionais que o indivíduo não deseja que se espalhem ao conhecimento público. O objeto do direito à intimidade seriam as conversações e os episódios ainda mais íntimos, envolvendo relações familiares e amizades ainda mais próximas.

O direito à privacidade é proclamado como resultado da sentida exigência de o indivíduo “encontrar na solidão aquela paz e aquele equilíbrio, continuamente comprometido pelo ritmo da vida moderna” (2012, p. 318).

Os autores supracitados salientam que sem a privacidade, não existem condições adequadas para o desenvolvimento livre da personalidade, sendo certo que estar submetido constantemente à observação alheia, “dificulta o enfrentamento de novos desafios. (...) Sem a tranquilidade emocional que se pode auferir da privacidade, não há muito menos como o indivíduo se autoavaliar, medir perspectivas e traçar metas” (MENDES e BRANCO, 2012, p. 318/319).

Sobre a disponibilidade desse direito, André Ramos Tavares afirma que, na intimidade, assim como no direito à vida privada, há uma tutela disponível “cujo exercício e defesa está na área da autonomia privada (...) Não pode ser retirada à própria pessoa do sujeito, e reservada ao Estado, a principal iniciativa e impulso da tutela da personalidade de cada um” (TAVARES, 2010, p. 670/671). No mesmo viés, Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco dispõem que, na essência do direito à privacidade, está o controle de informações sobre si mesmo (2012, p. 320).

3.2.2 Monitoramento eletrônico e intimidade

Na história das penas, importante destacar que a pena de prisão é relativamente recente, tonando-se predominante com o iluminismo, sucedendo as penas corporais como a flagelação e trabalhos forçados. Nesse contexto, o monitoramento eletrônico surge retomando o corpo como eixo da pena, outrossim, não visa a sua incapacitação ou imobilização, mas, em princípio, conhecer a localização do corpo (CAIADO, 2012, p. 171-172).

Quando se trata das formas mais comuns de monitoramento eletrônico (sistema passivo e ativo), observa-se que o controle incide sobre a localização do corpo: sobre sua permanência em um local ou sobre sua localização em um espaço público. (CAIADO, 2012, p. 172).

Uma das principais críticas à adoção do sistema, feita por parte da doutrina, consiste na violação ao direito fundamental de intimidade e privacidade dos delinquentes, o que seria incompatível com o Estado Democrático de Direito.

Com efeito, conforme já mencionado, há aqueles que se opõe à medida em função do elevado custo de sua implantação, mas, o principal argumento contrário consiste na violação de direitos fundamentais, como a intimidade, interferência do Estado na vida privada do usuário, bem como risco à integridade física e moral do mesmo. Isto porque, por tratar-se de aparelho de difícil ocultamento, o monitorado seria exposto a constrangimentos, correndo o risco de ter sua integridade física e moral ofendidas (BURRI, 2011, p. 482).

Sobre o assunto, há divergência, sendo que alguns autores entendem não haver referida violação. Nesse diapasão, Túlio Vianna (2012, p. 191) aduz que toda pena imposta acarreta em restrição a um direito fundamental – no caso da pena de morte, a vida; nos açoites, a integralidade física; na prisão, a liberdade; na multa, o patrimônio, entre outros –, sendo que apenas é vedada a imposição de penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis (art. 5º, XLVII, da Constituição de 1988). Logo, para o autor, não haveria vedação constitucional para limitação do direito à privacidade em virtude de aplicação de pena, o que estaria inclusive autorizado implicitamente no art. 5º, XLVI, da Constituição – que prevê a existência de pena de “suspensão ou interdição de direitos”.

Por outro lado, para muitos especialistas, o monitoramento eletrônico vai além dos limites tradicionais da pena no que tange à esfera privada. Assim, na Europa, tem ocorrido discussões com fulcro no artigo 8º da Convenção Européia de Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 1950, o qual dispõe que “Toda pessoa tem direito ao respeito de sua vida privada e familiar, de seu domicílio e de sua correspondência” (OLIVEIRA, 2007, p. 60).

Salienta-se que existem, ainda, outras normas internacionais de proteção à vida privada, como o art. 5º da Declaração Americana dos Direitos e dos Deveres do Homem, de 1948; o art. 12 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948; o art. 17 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 1996; e o art. 11 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), de 1969.

Entende-se que essa forma de pena atenta contra a dignidade humana pois produz um sofrimento físico e psíquico no indivíduo, com a finalidade de controlar sua vontade. Muitos veem esse mecanismo como degradante e inumano, um tipo de pena que parecia fazer parte de um passado distante. Com efeito, se deixou “em paz” o corpo do ser humano e passou-se a exigir sua “alma” (SUMARRIVA, 2012, p. 90).

Aury Lopes Jr., ao abordar o assunto, argumenta que:

A cada dia a tecnologia aperfeiçoa o sistema de monitoramento por GPS, diminuindo o tamanho dos aparelhos e o incômodo por eles gerado ao estarem fixados no corpo do réu. Em que pese isso, é uma medida de controle extremo, que gera um grande controle sobre a intimidade do agente e que deve ser usada com seletividade por parte dos juízes.

A diminuição do tamanho dos aparelhos melhorou a portabilidade, mas ainda assim, por ser levado preso ao corpo (seja como pulseira, tornozeleira, etc.), além do desconforto, dá uma visibilidade do estigma do processo penal e do controle social exercido (2011, p. 147/148).

Então, para alguns, o monitoramento eletrônico implica numa maior afetação aos direitos fundamentais que as medidas alternativas tradicionais devido à constante sensação de estar sendo vigiado, bem como à afetação da intimidade e liberdade do sujeito, cujas atividades são controladas a todo momento. A medida poderia, portanto, interferir substancialmente no autocontrole da pessoa, na sua habilidade de se comportar como um ser humano, o que permite defini-la como um ritual degradante em sua finalidade e conteúdo - na medida em que obriga o sujeito a adotar uma atitude de escravo (de ser inferior), possuindo, assim, um potencial destrutivo da personalidade (SUMARRIVA, 2012, p. 40/41).

Além disso, há receio de que, em um futuro próximo, com o desenvolvimento tecnológico, os equipamentos de vigilância serão implantados ordinariamente no corpo do indivíduo condenado, de forma que ele será subjulgado por completo, desfrutando apenas de uma pseudoliberalidade. Por outro lado, ampliar-se-á o poder controlador do Estado, caracterizando-se a atuação de um Estado Policial, totalitário, “com sua visão panopticista, seus *longus oculus*, desprovido de condicionamentos éticos quanto à liberdade e ao direito de privacidade” dos cidadãos. Nesse contexto, questiona-se, ainda, “quem vigiará os vigilantes?” (LEAL, 2011, p. 61).

Existe, portanto, o risco de que o Estado, violando os direitos de liberdade e intimidade, seja seduzido pela “tentação orweliana”¹⁵, se convertendo no *Big Brother* - controlando e vigiando as manifestações, comportamentos e movimentos ao menos dos

¹⁵ A referência diz respeito ao livro “1984”, escrito por George Orwell. A obra discorre sobre ‘*Winston, herói de 1984, último romance de George Orwell, vive aprisionado na engrenagem totalitária de uma sociedade completamente dominada pelo Estado, onde tudo é feito coletivamente, mas cada qual vive sozinho. Ninguém escapa à vigilância do Grande Irmão, a mais famosa personificação literária de um poder cínico e cruel ao infinito, além de vazio de sentido histórico. De fato, a ideologia do Partido dominante em Oceânia não visa nada de coisa alguma para ninguém, no presente ou no futuro. O'Brien, hierarca do Partido, é quem explica a Winston que "só nos interessa o poder em si. Nem riqueza, nem luxo, nem vida longa, nem felicidade: só o poder pelo poder, poder puro*’.

Disponível em <<http://www.companhiadasletras.com.br/detalhe.php?codigo=12562>>. Acesso em: 30.11.2012.

suspeitos e delinquentes. Nessa situação, como a liberdade e intimidade do indivíduo seriam violadas, comprometeria-se sua própria dignidade, pois ele seria tratado pelos meios tecnológicos exclusivamente como coisa ou objeto hábil a proporcionar informação, e não como pessoa com “um mínimo de personalidade e margem de decisão”. Nesse cenário “orweliano” o “homem se faz refém da tecnologia ao serviço do poder, usado este como instrumento de dominação, que busca cobiçoso (...) tudo contemplar e invadir” (LEAL, 2011, p. 62/63).

Com efeito, o controle realizado por meio de monitoramento eletrônico, para que tenha o certo zelo em relação à privacidade, precisa ser efetuado com prudência e o maior respeito possível pelos direitos humanos, sobretudo em um período crítico em que são realizados testes nos Estados Unidos que visam a implantação de um *microchip* na pele do indivíduo monitorado (OLIVEIRA, 2007, p. 152). O dispositivo, que possui o tamanho de uma grão de arroz, pode medir a pressão arterial e os batimentos cardíacos, o que com certeza significa uma invasão da intimidade da pessoa. Destaca-se que em breve a tecnologia será utilizada nos Estados Unidos e na Inglaterra - a França não a admite-, mesmo havendo denúncias de danos à saúde do monitorado, quais sejam, arritmia cardíaca ou cerebral (LEAL, 2011, p. 62).

Frisa-se, conforme já mencionado no início deste terceiro capítulo, que, em que pese o argumento de humanização da pena e de redução da população carcerária utilizados para implementar o monitoramento eletrônico no Brasil, restringindo o direito fundamental à intimidade dos indivíduos, tais justificativas não se verificam. Isso porque, da mesma forma que os substitutos penais não atenuaram o encarceramento, mas sim expandiram a tutela da justiça penal, o monitoramento eletrônico não limita a propensão ao excesso do poder punitivo, mas sim consiste em uma “veia propulsora deste mesmo poder” (AMARAL, 2012, p. 63).

No mesmo viés, Carlos Weis afirma que o monitoramento eletrônico consiste em um *plus* na severidade e no controle das penas e medidas que são regularmente aplicadas sem o uso do equipamento, uma superpenalização. Além disso, o autor informa que, ao se pronunciar acerca dos limites do *jus puniendi* do Estado, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, aduziu que “um Estado tem o direito e o dever de garantir sua própria segurança, mas deve exercê-los dentro dos limites e conforme os procedimentos que permitam preservar tanto a segurança pública quanto os direitos fundamentais da pessoa humana” (WEIS, 2008, p. 147). Ademais, segundo leciona o autor,

A primeira ponderação diz respeito à preservação do direito fundamental à intimidade, visto que o sistema, tal como apresentado ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (...), expõe publicamente a pessoa processada ou condenada criminalmente, reforçando o estigma que impede a integração social a que se referem os tratados internacionais de direitos humanos e o art. 1º da LEP. Ora, o preso brasileiro é majoritariamente pobre, do que decorre que seus hábitos culturais e possibilidades econômicas não incluem o uso de vestes capazes de ocultar o sistema, expondo-o à execração pública e, quiçá, ao linchamento (WEIS, 2007, p. 12).

O monitoramento consiste para alguns, então, em endurecimento da pena e abuso do direito de punir do Estado, uma vez que há meios adequados e menos gravosos para castigar, inclusive com custo inferior, como a aplicação de penas e medidas que se fundam na autodisciplina e autoresponsabilidade – prisão domiciliar, regime aberto, liberdade condicional, suspensão condicional da pena. Salienta-se, ainda, que essas medidas são mais interessantes porque que cedo ou tarde a autonomia do sujeito será colocada à prova (LEAL, 2011, p. 65).

Verifica-se que, das crises das formas de confinamento, surge sempre a necessidade de reforma, que acarreta no nascimento de novos tipos de “controle”, implementados às cegas, pouco importando o que é melhor, mas objetivando sempre surpreender os “agenciamentos coletivos” (DELEUZE, 1992, p. 220). Dessarte, “face às formas próximas de um controle incessante em meio aberto, é possível que os confinamentos mais duros nos pareçam pertencer a um passado delicioso e benevolente” (DELEUZE, 1992, p. 216). Não se pode, portanto, pensar que o controle eletrônico seja mais humano que o físico (RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, 2005, p. 113), isso porque mesmo sendo um instrumento que permite diminuir o encarceramento – se for utilizado de forma inteligente e asseguradas as devidas garantias -, não se deve esquecer também que a medida pode consistir em instrumento idôneo para converter o ser humano em objeto (RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, 2005, p. 120/121).

No mesmo sentido, Maria Lúcia Karam (2007, p. 4/5) também considera que o uso das tecnologias acessíveis na era digital pode, no futuro, vir a se tornar incontrollável, atentando cada vez mais à privacidade, se o uso desvirtuado não for impedido por leis que respeitem e garantam de forma eficaz os direitos fundamentais do indivíduo - em conformidade com as Constituições Democráticas e as Declarações Universais de Direitos- e, em razão da supremacia desses direitos, seja contida qualquer forma de expansão do poder punitivo.

A autora adverte (2007, p. 4/5) que a sociedade como um todo já pode ser a instituição total, pois o controle pode estar por toda a parte, na medida que o monitoramento eletrônico “avança para outros campos e se soma especialmente às disseminadas câmeras de vídeo, transformando todo o território em que se movem os indivíduos – processados, condenados, suspeitos ou não – em um espaço observado por invisíveis agentes do Estado”.

Frisa-se que, com o desenvolvimento tecnológico, não são poucos os meios que proporcionam o controle, como por exemplo, “os bancos de dados genéticos e outros acessíveis *on line*, a presença de câmeras de vídeo-vigilância que pouco se pode escapar, mapeamento de ruas em tempo real (*Street View*), ou, quem sabe, a visita a lugares fechados como museus ou galerias de arte” (AMARAL, 2012, p. 56). Assim, a sociedade é exposta, aparentemente sem coerção, ao controle e à vigilância em um grau jamais visto (AMARAL, 2012, p. 57).

Maria Lúcia Karam assevera, ainda, que dominados pela enganosa ideia de gestão do risco, os defensores do monitoramento não percebem as consequências do controle na era digital, que não evita o sofrimento da prisão, e consiste no expansionismo do poder punitivo no mundo “pós-moderno”. A autora aduz que:

Os dominados pela enganosa publicidade, os assustados com os perigos da ‘sociedade de risco’, os ansiosos por segurança a qualquer preço, e, com eles, os aparentemente bem intencionados reformadores do sistema penal, não percebem os contornos da nova disciplina social, não percebem as sombrias perspectivas do controle na era digital, não percebem a nítida tendência expansionista do poder punitivo em nosso ‘pós-moderno’ mundo. Não percebem que a ‘pós-moderna’ diversificação dos mecanismos de controle não evita o sofrimento da prisão. Ao contrário, só expande o poder punitivo em seu caminho paralelo ao crescimento da pena privativa de liberdade. [...] Não percebem que a conveniência com os ilegítimos e crescentes atentados à privacidade, que a previsão em diplomas legais e disseminada utilização de invasivos e insidiosos meios de busca de prova (quebra do sigilo de dados pessoais, interceptação de comunicações, escutas e filmagens ambientais) destinados a fazer do próprio acusado ou investigado instrumento de obtenção da ‘verdade’ sobre seus atos tornados criminosos, que o elogio ao monitoramento eletrônico, que a aceitação da onipresente vigilância e do espalhado controle legitimam e incentivam um desvirtuado uso das tecnologias que, se fazendo acessíveis na era digital, podem se tornar ulteriormente incontroláveis se esse desvirtuado uso não for confrontado e freado por leis efetivamente respeitadoras e eficazmente garantidoras dos direitos fundamentais do indivíduo, pelo compromisso com o pensamento liberal e libertário inspirador das declarações universais de direitos e das Constituições democráticas e por sua inafastável supremacia, pelo decisivo repúdio, atuante questionamento e concreta contenção de qualquer forma de expansão do poder punitivo, pela permanente afirmação, pelo atento cultivo e pela constante solidificação do desejo da liberdade. (KARAM, 2007, p. 4/5).

É notório, então, que o monitoramento eletrônico torna concreta a perspectiva do controle total do Estado sobre os indivíduos. Portanto, diferentemente do que os defensores

da medida apregoam, não se deve pensar sobre o assunto do ponto de vista de quem está privado de sua liberdade, na medida que nesse estado qualquer “esmola de liberdade dada ao sujeito é uma dádiva” (NUNES, 2010). Assim, é inadmissível tolerar os abusos que decorrem da utilização desses meios tecnológicos, sobretudo em épocas que a sociedade está em pânico – com medo-, que é quando a debilitação do direito à privacidade é realizada com mais frequência, sendo tolerada pela sociedade.

Especialistas no assunto temem que o monitoramento eletrônico se torne um “monstro incontrolável”, caso em que afetaria consideravelmente o direito à intimidade (SUMARRIVA, 2012, p. 96). Vale mencionar a observação feita por Leandro Gornicki Nunes, no sentido de que:

Somando-se a desmedida expansão do poder punitivo estatal – fruto do medo – com a troca do desejo de liberdade pela ilusão da segurança, em breve, o que teremos é um Estado totalitário – se é que já não o temos – sem limites éticos em termos penais. E o pior: parafraseando a banda irlandesa U2, tudo será feito “in the name of love”. Isso é muito parecido com a proteção do “são sentimento do povo alemão”, que fundamentou um regime totalitário que culminou no Holocausto, cujas barbaridades são conhecidas por todos e, sempre que necessário, devem ser lembradas para que o futuro não repita o passado. Se não quisermos ter o desprazer de vermos nossos filhos recebendo um “código de barras” ao nascer, é bom (re)pensarmos sobre essas questões, pois, ao que tudo indica, o remédio será pior que a doença (NUNES, 2010).

Por sua vez, Edmundo Oliveira questiona qual o valor das garantias legais no futuro em face da tendência social para o controle absoluto, questionando se a sociedade não cairia em tentação pela idéia do controle permanente de “criminosos perigosos” e pedófilos, como no Reino Unido. Segundo o autor, a prevenção desses desvios passa, impescidivelmente, por uma “estabilidade do regime jurídico envolvendo o monitoramento eletrônico”. O autor aduz que, com a globalização, as possibilidades de violação da vida privada crescem em progressão geométrica através dos “mais variados direcionamentos de vigilância, muitos sem controle judicial ou legislativo, com imperceptíveis passos que restringem a intimidade e danificam a dignidade do ser humano” (2007, p. 120/121). Tal cenário, em um Estado Democrático de Direito, que prima pelos direitos fundamentais, não deveria existir, sendo certo que:

Quando Lawrenc Lessig, Professor da Escola de Direito da Universidade de Harvard, nos Estados Unidos, lançou, em 1998, o livro *The Architecture of Privacy*, ele mostrou muito bem o quanto o devassamento da vida privada tornou-se agudo e inquietante a partir do advento da era da tecnologia, com seu extraordinário poder de influenciar, no dinamismo das transformações sociais,

muitas das vezes, com desprezo às preocupações éticas, metafísicas e humanistas. Em vista disso, são sempre gerados questionamentos e conflitos pelo enfoque dos direitos constitucionalmente garantidos relacionados ao conjunto de caracteres que formam a personalidade: essência de uma pessoa para que possa ser o que é, sobreviver e se adaptar às condições do ambiente em que se encontra (OLIVEIRA, 2007, p. 152).

Ainda, acerca da crescente invasão da intimidade que sofre toda a sociedade, adverte-se que, no mundo ocidental, as pessoas sujeitam-se à vigilância por meio de bases de dados públicas e privadas, de forma que se aproxima rapidamente a possibilidade de um mundo sem intimidade (SUMARRIVA, 2012, p. 98). Nesse contexto, Gilbero Thums lembra que:

“Centenas de satélites estão em órbita terrestre e todos os espaços estão expostos à luz indireta. Aquele mínimo de privacidade que havia no mundo público para as pessoas acabou, porque há vigilantes eletrônicos em todos os lugares e sobre nossas cabeças. Não se delimita mais o espaço público pelo olhar do outro, alcançando somente por quem estava cerca. Esse espaço hoje está tão invadido que pessoas do outro lado do planeta logram vê-lo através de meios eletrônicos” (THUMS, p. 72).

Ana Calderón Sumarriva afirma que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, ao referir-se à intimidade pessoal nos espaços públicos, aduziu que “existe uma expectativa razoável de privacidade”. Por conseguinte, qualquer pessoa que encontra-se em um espaço público tem uma expectativa razoável de estar submetido apenas a uma observação ocasional e esporádica por outro cidadão, mas não de ter seus movimentos observados de forma contínua, como pode acontecer com a vigilância eletrônica por GPS (SUMARRIVA, 2012, p. 95).

Sobre a ideia da vigilância eletrônica, Maria Poza Cisneros afirma que ela não é, em si, boa ou má, mas sim um instrumento que pode ser utilizado com finalidades positivas ou perversas, de forma que sua regulamentação deve ser analisada tendo em vista a eticidade que proporcionam os direitos fundamentais (POZA CISNEROS, p. 119).

Nesse diapasão, a ocorrência de uma ingerência na intimidade do ser humano dependeria do tipo de tecnologia que será utilizada no controle eletrônico, na medida que o monitoramento com reconhecimento de voz (sistema passivo), o mediante rádio frequência ativa (sistema ativo) e o efetuado mediante GPS, possibilitam obter diferentes informações do indivíduo vigiado e, conseqüentemente, afetam de formas distintas a sua privacidade. Logo, para alguns autores, o monitoramento que permite saber apenas se o sujeito se

encontra em determinado local ou que realiza o itinerário que foi determinado a cumprir, não afetaria a intimidade (SUMARRIVA, 2012, p. 94/94).

Ressalta-se que há inquietação com a implantação de *microchips* na pele do monitorado, que está sendo testado nos Estados Unidos e Inglaterra e que consiste, segundo Edmundo Oliveira, em uma verdadeira “pena invasiva” (2007, p. 61).

Importante destacar também que, em 2009, a 6ª conferência sobre ME promovida pela CEP - a organização europeia para “probation” - presenciou, “perplexa, à apresentação por uma empresa sul-africana de uma tornozeleira que produzia descargas elétricas em caso de violação dos perímetros autorizados, o que valeu seu firme e unânime repúdio por considerar a incapacitação física do ME repugnante e atentatória da dignidade humana” (CAIADO, 2012, p. 172).

De outro lado, em função da invasão na esfera privada da pessoa, frisa-se a importância de um acompanhamento do estado psicológico do vigiado durante o controle realizado através de monitoramento eletrônico, pois há registros de casos de depressão e de estresse agudo, que prejudicam o “autocontrole necessário para suportar as adversidades pessoais que o dia-a-dia da medida acarreta”. Isso porque a vigilância eletrônica põe o indivíduo em uma situação antagônica, na medida em que se sente “livre”, pois está em sua casa com sua família, mas ao mesmo tempo é prisioneiro, posto que não pode se deslocar conforme sua vontade e conveniência. Assim, existe a preocupação com o domínio permanente e absoluto sobre si mesmo, para que não ocorra a violação de nenhuma regra fixada e pela conveniência da administração da Justiça (OLIVEIRA, 2007, p. 71). Interessante anotar que

Pesquisa recente realizada pelo Serviço Penitenciário de Inserção (SPI) mostrou que alguns monitorados, na França, cultivam profunda sensação de ansia, o que é traduzido em temores, às vezes, infundados. Veja-se, por exemplo, que, quando esses infratores vão fazer suas compras, eles tendem a fazê-las com muita pressa, para voltar para casa antes da hora marcada, pois não querem correr nenhum risco de advertência que possa levar a perda do benefício. Esse estado de tensão permanente prejudica não só o monitorado, mas toda a família, que se sente também compelida a sofrer as consequências da sanção, no plano pessoal. O dispositivo contribui, assim, a penalizar o espaço familiar e a interagir nas relações familiares. Na ausência de um acompanhamento social sistemático, os indivíduos de estrutura mental mais frágil suportarão com dificuldades as grades virtuais impostas pelo monitoramento eletrônico (OLIVEIRA, 2007, p. 71/72).

Ademais, salienta-se que o artigo 30 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 1969, da qual o Brasil é signatário, trata acerca do alcance das restrições aos Direitos Humanos nela previstos, dispondo que “As

restrições permitidas, de acordo com esta Convenção, ao gozo e exercício dos direitos e liberdades nela reconhecidos, *não podem ser aplicadas senão de acordo com leis que forem promulgadas por motivo de interesse geral e com o propósito para o qual houverem sido estabelecidas*” (grifei).

Logo, considerando que no ordenamento brasileiro o monitoramento eletrônico - medida que evidentemente atenta contra à intimidade dos indivíduos – não cumpriu com a propósito para qual foi estabelecido na LEP -substituir a “onerosa” prisão e tornar a pena mais “humanitária”-, já que não retira os indivíduos da prisão, consistindo apenas no agravamento do cumprimento da pena, fica claro que a medida consiste em uma restrição a direito humano (a intimidade) não autorizada pela referida convenção. Dessarte, a medida, da forma como prevista na Lei de Execução Penal, não deveria ser aplicada, sob pena de injustificável ofensa ao direito à intimidade.

Por fim, a doutrina afirma que deve-se ter uma proporcionalidade¹⁶ na utilização da monitoração eletrônica, considerando-se se a intrusão da tecnologia é adequada à finalidade pretendida. Com efeito, “carece de sentido que delinquentes de baixo risco ou com antecedentes criminais pouco relevantes sejam controlados por satélite (...)” (CAIADO, 2012, p. 174).

A proporcionalidade das intervenções penais com ME (como noutras) é, portanto, o garante de um equilíbrio a que se refere explicitamente a Recomendação CM/Rec (2010)1 do Comitê de Ministros do Conselho da Europa aos Estados Membros sobre Regras para a Probation na sua regra 58: “O nível de supervisão tecnológica não deverá ser maior do que o requerido em cada caso, tendo em consideração a gravidade do crime cometido e o risco para a comunidade” (CAIADO, 2012, p. 175).

Em idêntico sentido, Neemias Moretti Prudente aduz:

Todavia, se deve ressaltar acerca da necessidade de que o ME seja adequadamente aplicado, principalmente porque o emprego destes mecanismos de controle supõe uma atuação sobre o corpo do infrator, com capacidade para interferir em determinados direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana. Em primeiro lugar, é de se ter relevo que a visibilidade de tornozeleiras ou pulseiras

¹⁶ A regra da proporcionalidade é uma regra de interpretação e aplicação do direito - no que diz respeito ao objeto do presente estudo, de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais -, empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais. O objetivo da aplicação da regra da proporcionalidade, como o próprio nome indica, é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais. É, para usar uma expressão consagrada, uma *restrição às restrições*. Para alcançar esse objetivo, o ato estatal deve passar pelos exames da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Esses três exames são, por isso, considerados como sub-regras da regra da proporcionalidade” (SILVA, 2002, p. 24).

eletrônicas pode gerar mais estigmatização, chegando mesmo a representar um risco de segregação de monitorados na comunidades em que vivem. Por esta razão é fundamental que os aparelhos sejam discretos e passíveis de ser escondidos pelas vestimentas do monitorando, ou seja, o aparelho deve estar situado em zonas corporais minimamente visíveis. Em segundo lugar, importa não olvidar que a sensação de estar sendo vigiado pode causar ao monitorado uma aguda situação de estresse, inclusive propiciando indesejadas situações de violência. Em vista disso, seria recomendável que a aplicação do ME fosse acompanhada por auxílio psicossociológico, com o fito de fazer do monitoramento o sujeito do monitoramento e não mero objeto de observação de desconfiança. Inclusive, há de se combinar as medidas de controle e vigilância com o desenvolvimento de medidas de acompanhamento de cunho ressocializador (v.g. terapias, cursos profissionalizantes, atividades laborais) (PRUDENTE, 2012, p. 157).

Portanto, havendo dúvida acerca da aplicação ou não da medida, deve-se utilizar o princípio da proporcionalidade para auferir a sua legitimidade, ou seja, analisar a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (SUMARRIVA, 2012, p. 100).

3.3 EXPERIÊNCIAS NO BRASIL E NO MUNDO

Há vários países que já adotaram o monitoramento eletrônico no sistema penal. Entre eles, citam-se: Estados Unidos, Canadá, Inglaterra, Escócia, Espanha, Portugal, Itália, Holanda, França, Bélgica, Suécia, Alemanha, Suíça, Dinamarca, Noruega, Hungria, Nova Zelândia, Singapura, Austrália, África do Sul, Ilhas Açores, Israel, China, Japão e Tailândia (LEAL, 2011, p. 87). Analisar-se-á, a seguir, algumas dessas experiências.

3.3.1 *América Anglo-Saxônica*

3.3.1.1 Estados Unidos

Os Estados Unidos, consoante já mencionado no Capítulo II deste trabalho, foi o primeiro país a implantar o monitoramento eletrônico no sistema penal, há mais de 25 anos.

Em 1988, já havia no país 2.277 condenados em 32 estados submetidos à vigilância eletrônica no país e, em 1998, esse número subiu para 95.000. Conforme alguns autores, os

principais motivos para esse aumento foram a superpopulação carcerária e os altos custos do sistema penal (SUMARRIVA, 2012, p. 55/56). Ademais, em estatística elaborada em 2003/2004, o monitoramento em Denver, Colorado/EUA foi considerado um sucesso, pois 24.978 pessoas foram submetidas ao sistema desde sua implantação em 1992, “sendo que 93,6% terminaram com sucesso suas sentenças; 78,2% permaneceram empregadas ou passaram a laborar, sendo certo que aos usuários é imposta a taxa única de US\$ 75,00 (setenta e cinco dólares) para a manutenção do sistema (MARIATH, 2007, p. 8).

Há, portanto, vontade política de diminuir os custos e encargos do encarceramento, sendo que o custo mensal de um preso é de 1.350 dólares, enquanto o de um delinquente submetido ao monitoramento é de, no máximo, 450 dólares (OLIVEIRA, 2007, p. 30).

O país possui mais de 2,3 milhões de encarcerados e em torno de 250 mil pessoas são submetidas ao monitoramento eletrônico anualmente em 46 estados. O uso mais comum é o de tornozeleiras e costuma ser por um curto período – de três ou quatro meses -, acompanhado de atividades reeducativas complementares (LEAL, 2011, p. 87).

Sobre o dispositivo adotado, anota-se que, além da pulseira e da tornozeleira, que estão com o uso consolidado, há também testes sendo realizados com voluntários para a possibilidade de se usar um *microchip* implantado no corpo humano (OLIVEIRA, 2007, p. 32). Ademais, os avanços tecnológicos têm permitido o acesso a informações adicionais, como as relativas ao consumo de álcool, e uma intensificação do controle do dispositivo através de 'pager' (POZA CISNEROS, 2002, p. 5).

Inicialmente a medida foi aplicada no país em favor dos jovens, com o intuito de reduzir o número de suicídio entre eles, que era cinco vezes maior do que nos menores em liberdade (OLIVEIRA, 2007, p. 30). O sistema continua sendo utilizado nesses casos, outrossim, teve seus usos aumentados, sendo hoje adotado durante a liberdade condicional, suspensão condicional da pena, prisão domiciliar, entre outras aplicações, sendo que os usuários geralmente arcam com parte das despesas. O rol de delitos que permitem a utilização do sistema é enorme, como crimes contra a propriedade, infrações de trânsito, posse de drogas, violência doméstica, condução de veículo em estado de embriaguez e vários outros (LEAL, 2011, 87/88). Com efeito,

(...) os infratores do trânsito e os autores de infrações com drogas, que necessitam de uma supervisão mais meticulosa no seio da comunidade, justificam a maioria dos monitoramentos. Os programas de monitoramento são, assim, seguidos por uma assistência sócioeducativa, assegurada por agentes especializados (...). Entretanto, o público beneficiário da medida continua selecionado. É feito um exame do perfil psicológico do indivíduo para se ter certeza de sua disposição para

adaptação pessoal ao uso do equipamento, enquadrando-se nas regras ditadas pelo Juiz, bem como se avalia o nível do impacto do crime na sociedade (...) (OLIVEIRA, 2007, p. 30).

Ressalta-se o caso da Flórida, onde uma lei obriga a utilização do dispositivo por estupradores pelo resto de suas vidas – o que seria proibido no Brasil ante a expressa vedação à penas perpétuas no art. 5º, inciso XLVII, da CRFB. A pena de monitoramento eletrônico perpétuo também acontece nos casos de pedófilos em vários estados americanos. Isso é bastante criticado por alguns, em função de ser um “desestímulo à recuperação”, outrossim, defendido pelos que não veem nesses indivíduos nenhuma possibilidade de cura (LEAL, 2011, p. 88).

Ademais, há um experimento na prisão masculina de média segurança de Illinois – *Logan Correctional Center*, que possui 1.883 reclusos e capacidade para apenas 1.500-, onde o monitoramento eletrônico foi implantado intramuros, no intuito de identificar e responsabilizar os envolvidos em motins, tentativas de fuga e tumultos (LEAL, 2011, p. 89).

Percebe-se, portanto, que a vigilância eletrônica foi assumida pela política criminal dos Estados Unidos como um “instrumento de controle e não de reabilitação, que poderia se impor com as medidas alternativas, o que incrementaria seu cumprimento e severidade” (SUMARRIVA, 2012, p. 56).

María Poza Cisneros (2002, p. 6) menciona que a vigilância eletrônica estadunidense não se mostrou eficaz para reduzir a população carcerária. A medida acabou se consolidando, com o tempo, nos diferentes estados, como uma “alternativa das alternativas” - ou seja, como uma alternativa à “probation”, liberdade condicional e prisão domiciliar-, e não como uma medida alternativa ao cárcere, porquanto a população e as condutas a que a medida se dirige são distintas.

3.3.1.2 Canadá

O Canadá passou a utilizar o monitoramento eletrônico em 1987, primeiramente na Província de Colômbia-Britânica, sendo utilizada em seguida pelas províncias de Saskatchewan e Ontário e, após, pela de Terra Nova (OLIVEIRA, 2007, p. 38). Portanto, quatro das seis províncias do país utilizam a medida (POZA CISNEROS, 2002, p. 11).

No início, era prevista sua aplicação para casos de condenados com penas de até 90 (noventa) dias de detenção e motoristas surpreendidos dirigindo com excesso de velocidade. Nos dias atuais, a medida é usada também

(...) com condenados por dirigir veículos alcoolizados ou sem a respectiva habilitação, delinquentes grávidas, criminosos anciãos etc., aplicando-se na suspensão condicional da pena, na liberdade condicional, na saída temporária e na limitação de final de semana (pena privativa de liberdade descontínua). Admite-se por igual para os condenados a penas não tão curtas, na última etapa de seu cumprimento (LEAL, 2011, p. 89)

A medida, introduzida como pena complementar – passível de acompanhar a multa ou sursis – abrange hoje, segundo Edmundo Oliveira (2007, p. 38), duas categorias de infratores: “os condenados a uma pena de sete dias a seis meses de prisão e os presos, cujos resquícios de pena não excedam a quatro meses”. Segundo o autor, assim como nos Estados Unidos, a medida não é aplicada nos casos em que o infrator não possua ou não procure uma atividade permanente, bem como nos casos de delitos sexuais ou com ato de violência.

A tecnologia utilizada com maior frequência consiste em uma pulseira com um “rádio-emissor que envia sinais a um receptor conectado a uma linha telefônica, na residência do infrator ou em outra que se designou para essa finalidade, enlaçado, por sua vez, 24 horas do dia, sem solução de continuidade, a um computador central”. Ressalta-se também haver a possibilidade de obter autorização para estudar ou trabalhar, ir ao médico, terapia ou cultos religiosos (LEAL, 2011, p. 89).

O custo da medida no Canadá representa algo em torno de 50 dólares canadenses, o que corresponde a menos da metade dos gastos estimados com a prisão (POZA CISNEROS, 2002, p. 11).

Havia no país, em 2005, cerca de 154.000 indivíduos submetidos ao monitoramento eletrônico, nas províncias de Saskatchewan, Columbia Britânica, Alberta, Ontário e Terra Nova (LEAL, 2011, p. 89).

3.3.2 Europa

3.3.2.1 Inglaterra

Para a adoção da medida na Inglaterra foi considerada a superpopulação carcerária, a necessidade de reduzir custos, bem como a vontade de fortalecer as penas alternativas. Ademais, foi determinante para sua implantação a vontade política de privatizar o sistema penal, de endurecimento das respostas frente ao delito, bem como a ideia de modernizar o sistema de justiça (SUMARRIVA, 2012, p. 56/57).

É intensa a videovigilância nos espaços públicos da Inglaterra, sendo que apenas na cidade de Londres há cerca de 400.000 câmeras espalhadas pelas ruas. Desde 1989 o país se utiliza do monitoramento eletrônico, chamado de “tagging”, para controle dos liberados sob fiança e daqueles condenados pelo cometimentos de crimes menores e pelo não pagamento voluntário de multas, bem como dos que progrediram de regime (LEAL, 2011, p. 89/90).

(...) a formação do *The Offenders Tag Association* em 1981 iniciou os debates acerca do MEP na Inglaterra. O *Home Office* rejeitou a ideia em 1985, tendo em vista que o sistema não era considerado suficientemente severo. Em 1987 o Comitê da Casa dos Comuns (*House of Commons Home Affairs Committee*) elaborou algumas sugestões sobre o uso do monitoramento eletrônico em prisioneiros, criando, ao final da década, um clima favorável à aplicação de programas experimentais, os quais, de fato, aconteceram em 1989.

Com efeito, em 1989, realizaram-se três experiências visando analisar se a medida era adequada como alternativa à prisão para os sujeitos liberados sob fiança; avaliar a tecnologia disponível, bem como a performance das empresas privadas no gerenciamento do sistema e, por fim, indicar possibilidades de utilização futura em âmbito nacional. Esses primeiros experimentos foram considerados insatisfatórios, mesmo assim a expansão do sistema no país não foi barrada (REIS, 2004, p. 3).

O monitoramento eletrônico foi formalmente introduzido pelo parlamento inglês em 1991, pelo *Criminal Justice Act*, que posteriormente foi modificado pelo *Criminal Justice Order Act*, de 1994. O sistema começou a ser utilizado a partir do mês de julho de 1995 em algumas cidades do país, visando controlar a presença do delinquente em sua residência ou no local determinado pelo juiz – *curfew order* (OLIVEIRA, 2007, p. 39).

Em 1998, foi aprovado o *Crime and Disorder Act*, que autorizou o monitoramento eletrônico no domicílio do delinquente, como meio para liberação antecipada da prisão (OLIVEIRA, 2007, p. 39).

A regulamentação conjunta do sistema pela Inglaterra e país de Gales ocorreu a partir de 1999. Ela concerne a pessoa com mais de 10 anos de idade, condenadas por pequenos atos de delinquência repetitiva, ou pelo não-pagamento de multa, ou

não-realização do trabalho comunitário, desde que tenham residência fixa e expressem consentimento.

O *Criminal Justice and Police Act*, de 2001 (...), autorizando o monitoramento de jovens delinquentes de 12 a 16 anos de idade, que tenham cometido infrações mais graves, ainda que violentas, como delitos sexuais, todos ficando sob o controle do *Home Office Juvenile Offenders Unit* e *The Youth Justice Board of England and Wales* (OLIVEIRA, 2007, p. 40)

Assim, a medida foi aplicada primeiramente no sistema *frontdoor* - ou seja, evitando o encarceramento do condenado desde o início do cumprimento da pena-, em casos como dirigir sem habilitação ou furto. Após, estendeu-se sua utilização para os casos de condenados pela falta de pagamento de multas, reincidentes em crimes leves, crianças e adolescentes - de 10 a 15 anos -, e como condição para saída da prisão sob fiança. Ademais, destaca-se o “*Home Detention Curfew*, que previa a saída dos reclusos dois meses antes do cumprimento da pena, sob vigilância eletrônica (sistema *backdoor*)” (LEAL, 2011, p. 90).

Em Greater Manchester, Hampshire e West Midlands, se emprega desde 2004 o monitoramento eletrônico móvel (por meio de GPS) nos casos de reincidentes e autores de crimes sexuais, domésticos e violentos (LEAL, 2011, p. 90). Estima-se que o número total de indivíduos monitorados estaria em torno de 70.000 (MARIATH, 2007, p. 7).

Ressalta-se (LEAL, 2011, p. 90) que o sistema é desenvolvido por empresas privadas e, até os dias atuais, não existe acompanhamento socioeducativo dos monitorados. Nesse sentido, Edmundo Oliveira afirma que:

A Grã-Bretanha já aumentou a utilização do acompanhamento virtual de infratores. Desde o verão de 2001, um especial programa de controle intensivo permite a vigilância de jovens delinquentes reincidentes por meio de um sinalizador, que monitora, permanentemente, os atos e gestos dos condenados em liberdade condicionalmente. Câmeras de videovigilância, instaladas em vários pontos das cidades, são capazes de reconhecer os portadores desses mecanismos. Completamente gerido pelo setor privado, o sistema aplicado na Grã-Bretanha pode chegar a um controle absoluto, que nenhum acompanhamento socioeducativo conseguiria realizar (OLIVEIRA, 2007, p. 40, *grifei*).

Por fim, observa-se que os ingleses, da mesma forma que os Estados Unidos, estão realizando testes com voluntários para inserção no corpo do monitorado de um *microchip*, que permite localizar e seguir a conduta do infrator (OLIVEIRA, 2007, p. 41).

3.3.2.2 Espanha

O monitoramento eletrônico foi introduzido na Espanha em 1996, por meio do Regulamento Penitenciário de 1996, estabelecendo a medida como uma nova possibilidade de cumprimento do regime aberto e semiaberto. Em 2003, a medida passou a ser utilizada nos casos de violência doméstica, em 2004, em casos de “violência de gênero” (SUMARRIVA, 2012, p. 58).

Com efeito, o sistema foi previsto para os condenados em regime semiaberto como uma possibilidade de “substituir a permanência ou pernoite de 8 horas no cárcere pelo mesmo período em sua casa sob controle telemático” (LEAL, 2011, p. 91).

A medida é muito utilizada como medida cautelar nos casos de violência doméstica, proibindo a aproximação do agressor de determinados locais, bem como sua aproximação da vítima, criando uma zona de segurança, denominada “círculo de segurança” (LEAL, 2011, p. 91).

Em Madri, foi desenvolvido um programa com voluntários que devem cumprir rigorosamente os seguintes requisitos: “não haver perpetrado delitos que causaram um alarme social; não ser muito conhecido; e ter um prontuário que evidencie bom comportamento em prisão, respeitoso das normas” (LEAL, 2011, p. 91).

Existe também a possibilidade de utilização da vigilância eletrônica no caso de “localização permanente”, que é uma forma leve de pena privativa de liberdade, com duração máxima de doze horas, que consiste na permanência do condenado no local que conste na condenação. Nesse caso, defende-se que o sistema de monitoramento que deve ser aplicado é aquele que implique em menos consequências gravosas para o condenado, qual seja, o de verificação de voz. Isso porque referido sistema não afeta a intimidade, bem como não impõe o uso contínuo de bracelete e não precisa ser instalado no domicílio do vigiado (LEAL, 2011, p. 91).

Por fim, para os casos de torcedores violentos é anunciada a utilização de braceletes, que disparam um alarme sempre que se aproximem do campo - sentença de distanciamento (LEAL, 2011, p. 91).

Sobre os custos do sistema, observa-se que o monitoramento eletrônico custa 4,20 euros por dia, enquanto o cárcere, representa um gasto de 52,52 euros diários para o Estado (SUMARRIVA, 2012, p. 59).

3.3.2.3 França

A França iniciou a *surveillance électronique* em 1997, devido aos efeitos nocivos do cárcere e a superpopulação carcerária. No país, para que o monitoramento eletrônico seja utilizado é necessário o consentimento prévio do infrator e há a possibilidade de ajuste da medida, por determinação judicial, às condições pessoais do sujeito, em atenção ao princípio da individualização da pena (LEAL, 2011, p. 93).

Destaca-se (OLIVEIRA, 2007, p. 50) que, em 1998, a Administração Penitenciária da França encomendou um estudo acerca do funcionamento dos sistemas de monitoramento eletrônico em outros países, para analisar os custos financeiros e empregos gerados com a implementação desse dispositivo no território francês. Entre outras lições, concluiu-se que não se deve “constranger uma pessoa, obrigando-a a usar o bracelete eletrônico em um período superior a 4 ou 6 meses, limite a partir do qual os problemas se acentuam”.

Em 2000, o sistema foi adotado em quatro localidades e, em 2002, estendeu-se para todo país, tendo seu funcionamento permitido na jurisdição de um terço dos tribunais do território francês (OLIVEIRA, 2007, p. 51/52).

Atualmente, consoante afirma César Barros Leal, há três hipóteses de monitoramento eletrônico no direito francês: para penas com duração inferior a um ano; para o cumprimento do remanescente da pena privativa de liberdade quando inferior a um ano; como uma medida probatória da liberdade condicional. Desde 2002, há também a possibilidade de utilização do sistema como condição particular de uma medida de controle judicial, nos casos em que ainda não houve o julgamento do indivíduo (2011, p. 93/94). Portanto:

A França, espelhando-se no modelo sueco, utiliza o monitoramento eletrônico como uma modalidade de execução da pena privativa de liberdade, isto é, no sistema *front-door*, faculta-se o uso do aparelho para condenados em até um ano de prisão e, no sistema *back-door*, para os condenados que restam cumprir até um ano de pena privativa de liberdade. Ressalta-se que o sistema penal francês estabelece que preenchidos tais requisitos objetivos, o juiz das execuções penais pode de ofício ou a pedido do membro do Ministério Público ou do condenado substituir a privativa pelo monitoramento eletrônico desde que o condenado consinta com tal substituição, sempre na presença de seu advogado (BURRI, 2011, 479/480).

O GPS foi introduzido como modalidade de vigilância em 2005, pela lei n. 1.549 de 2005, como medida de segurança para condenados perigosos, visando evitar a reincidência (LEAL, 2011, p. 94). Outrossim, para garantia de sua saúde, o monitorado tem direito a ser

examinado por um médico para saber se não possui contraindicação médica em razão do uso do equipamento (POZA CISNEROS, 2002, p. 15).

Estima-se que, em 2009, mais de 10.000 indivíduos foram submetidos à vigilância eletrônica no país, salientando-se que as empresas privadas é que produzem o equipamento, bem como também participam do controle (LEAL, 2011, p. 94).

3.3.2.4 Suécia

A utilização da vigilância eletrônica na Suécia se iniciou em Estocolmo, em 1994, e foi espalhando-se pelo país, sendo que em 1997 a implantação estava completa (OLIVEIRA, 2007, p. 44).

A Suécia utiliza o sistema desde 1994 para sentenciados a poucos meses de prisão, em especial para aqueles que cometem delitos de trânsito, considerada uma infração grave naquele país. Em 2001, começou-se a utilizar a medida para condenados a dois anos ou mais de prisão (por fraude, tráfico de drogas ou evasão fiscal), sendo que a duração da medida não pode exceder a 4 meses (LEAL, 2011, p. 95). Acerca do tema, Fábio André Silva Reis informa que

Desde outubro de 2001, a Suécia iniciou um programa de MEP *back-door* direcionado aos condenados que cumprem penas referentes ao tráfico de drogas, fraudes e sonegação fiscal e que foram condenados a penas maiores que 02 (dois) anos, restando 04 (quatro) meses para o fim da pena, no intuito de utilizar as vagas ociosas no sistema, resultantes da vigência da *Community Services Orders*, um conjunto de alternativas ao encarceramento previstas em lei (REIS, 2004, p. 6).

Não é admitida a vigilância eletrônica para os condenados por crimes sexuais e violentos ou, ainda, para aqueles que apresentem risco de não cumprir as condições determinadas ou cometer novos delitos (LEAL, 2011, p. 95).

César Barros Leal (2011, p. 95/96) afirma que o sistema de monitoramento naquele país é público e exige que os monitorados “sejam voluntários, tenham domicílio, luz elétrica e um telefone fixo – sem secretária eletrônica, fax, impressora, etcétera, com as faturas em dia, exigência similar para a luz -, estudem ou exerçam um trabalho e em geral assumam parcialmente as despesas”. Quando se trata de condenação por dirigir embriagado ou uso de

drogas, além do monitoramento, é obrigatória a abstinência, bem como frequentar programas de orientação sobre dependência química.

Nesse sentido, Edmundo Oliveira leciona que

Utilizada como modalidade de execução de penas de curta duração (inferiores ou iguais a 3 meses de prisão), a medida foi possibilitada a indivíduos que possuíssem um domicílio fixo e uma linha telefônica. Os candidatos têm a obrigação de exercer uma atividade profissional ou prosseguir seus estudos. Eles ainda têm que depositar uma soma de 50 Coroas (cerca de 5,40 Euros), a fim de participar nas despesas do sistema eletrônico. O monitoramento visa, mais frequentemente, às pessoas condenadas por uso de álcool ou das drogas. Elas devem aceitar submeter-se a um treinamento realizado pelos grupos comunitários, compreendendo cursos e debates sobre a cidadania e alternativas para se livrar da dependência do álcool ou das drogas (OLIVEIRA, 2007, p. 44).

Afirma-se que houve êxito na implantação da medida na Suécia, pois 17.000 já utilizaram o dispositivo desde 1994, o que acarretou no fechamento de dez estabelecimentos prisionais com capacidade para 400 detentos cada, representando uma redução de 25% da população carcerária (LEAL, 2011, p. 96).

Ademais, diferentemente da Holanda e Inglaterra, onde a vigilância eletrônica foi implantada para diminuir a população carcerária e os custos do sistema, “na Suécia predomina a proposta de diminuir os efeitos perniciosos do encerro” (LEAL, 2011, p. 96). Sobre o assunto, Ana Calderón Sumarriva afirma que a implantação do sistema foi resultado de um consenso político e midiático favoráveis à sua utilização e, diferentemente do que ocorreu em outros países, se deu em virtude da necessidade de evitar os efeitos nocivos da prisão, respondendo, portanto, a um discurso humanizador (2012, p. 58).

3.3.2.5 Holanda

O sistema foi adotado pela Holanda, em 1995, em razão de problemas com a superpopulação penitenciária, bem como com os elevados custos. A medida só foi implementada após um intenso debate em função do temor de que fossem cometidos excessos na intromissão da vida privada dos indivíduos (SUMARRIVA, 2012, p. 57).

Com efeito, iniciou-se uma experiência com o monitoramento eletrônico em 1995, em quatro regiões do norte do país, sendo utilizado por um período máximo de seis meses e adotado como complementação para os casos de cumprimento de um trabalho em prol da

comunidade e como uma nova forma de controle no regime aberto, em apenados que já haviam cumprido, ao menos, a metade da pena (OLIVEIRA, 2007, p. 45). O sistema – que teve seu uso precedido por um longo debate nacional - é aplicável no país para casos de condenados a penas de até um ano de prisão ou aos que preferem adiantar a excarceração na última fase de cumprimento da pena (LEAL, 2011, p. 95).

Frisa-se que a duração da medida não pode exceder a seis meses e os descumprimentos das condições impostas são punidos com rigor, em regra geral, com pena de prisão (POZA CISNEROS, 2002, p. 15). Além disso, salienta-se também que

(...) o programa holandês é reservado para voluntários com domicílio fixo e que possam dispor de uma atividade profissional, ou de um estudo regular em nível de graduação ou de formação. O serviço encarregado da supervisão e do controle dos condenados deve, também, obter o consentimento da família do indivíduo que se submete ao monitoramento (OLIVEIRA, 2007, p. 45).

César Barros Leal (2011, p. 95) afirma que, consoante informam as notícias, não existe uma legislação própria, de forma que se adotam procedimentos de natureza administrativa.

No país também há caso de utilização do monitoramento eletrônico intramuros, no Centro de Detenção *Lelystad*, inaugurado em 2006 na cidade de Lelystad, onde

(...) todos os presos usam pulseiras eletrônicas que monitoram os seus movimentos. Em cada cela, ocupada por seis infratores, há um microfone para emitir os sons que são repassados em tempo real para o Centro de Controle, onde está instalado um software que reconhece o nível de emoção da pessoa pelo ritmo e volume da fala. Em caso de briga, por exemplo, o programa dispara um alerta de aviso aos inspetores.

Ao lado da cama há uma tela sensível ao toque com a indicação da agenda diária do preso: horário de alimentação, de trabalho, de lazer, de aulas (como prevenção ao uso de drogas) e o momento de recolhimento à cela. As câmaras de vigilância são limitadas aos espaços abertos, não incluindo camas e banheiros.

O Centro de Detenção de Lelystad está sendo mais econômico do que as prisões tradicionais, a começar pela quantidade reduzida de guardas (OLIVEIRA, 2007, p. 4/5)

3.3.3 Experiências brasileiras

Vários estados Brasileiros já começaram a utilizar o monitoramento eletrônico no sistema penal, alguns antes mesmo da advento da lei 12.258/10, primeiro diploma a nível

nacional prevendo a medida. Em Goiás, Mato Grosso, Pernambuco e Minas Gerais foram realizados testes com uma quantidade reduzida de detentos.

Ademais, houve também experiências isoladas, como o caso da cidade de Guarabira, no estado da Paraíba, “onde o juiz da Vara de Execuções deu início a um projeto piloto com condenados em regime fechado, que trabalhavam em obras públicas sem escolta, mas controlados por via eletrônica” (LEAL, 2011, p. 101).

César Barros Leal (2011, p. 101) afirma que dentre os fornecedores da tecnologia no mercado brasileiro, está a empresa israelita *Elmo-Tech – Electronic Monitoring Technologies*, fundada em 1994, com filiais em vários países da costa do Pacífico, Estados Unidos, América do Sul e Europa.

Foi realizado um levantamento pelo *site* G1, o qual buscou informações com as administrações penitenciárias de cada estado brasileiro acerca da utilização do monitoramento eletrônico de presos. Muitos estados não têm previsão para implementar a medida, seja em função de falta de verbas, falta de regulamentação legal e até ausência de banda larga. Ademais, constatou-se que os estados que já utilizam o sistema são: São Paulo, Rio de Janeiro e Rondônia. Neste último, a medida é utilizada também para o regime semiaberto, sendo que no tocante à medida cautelar o governo informou que, atualmente, o custo impede seu uso (OLIVEIRA, *et al*, 2011).

3.3.3.1 Estado da Paraíba

A medida foi utilizada pela primeira vez no estado da Paraíba, na cidade de Guarabira, em razão de um projeto do Juízo da Vara de Execuções Penais da cidade, autorizado pelo juiz Bruno Azevedo. Participaram voluntariamente do projeto cinco condenados em regime semiaberto, os quais fixaram em seus tornozelos um transmissor e fizeram uso do GPS, sob a fiscalização do Instituto de Metrologia da Paraíba (LEAL, 2011, p. 101).

Referido projeto iniciou-se em 13.07.2007, mediante tecnologia nacional (BURRI, 2011, p. 489). Acerca da tecnologia empregada, o juiz Bruno César Azevedo afirma que foi

(...) desenvolvida para atender as especificidades do sistema de presos do nosso universo carcerário e voltada para duas formas de execução. A primeira,

inaugurada com o projeto, que foi denominada de tornozeleira *on line*, e que propicia o acompanhamento do preso, onde ele estiver, em tempo real. E a segunda, um ano depois de iniciado o projeto, denominada de tornozeleira domiciliar, destinada a levantar uma outra discussão, a da aplicação da pena em regime domiciliar, e com um tipo de tecnologia que acompanha o monitoramento do preso no ambiente de sua casa, propiciando a ele, de acordo com as determinações do juízo das Execuções Penais, não sair em hipótese alguma dos limites de sua residência, ou se for o caso, se distanciar até 400 metros, tudo acompanhado em tempo real. A bateria desta tipo de tornozeleira, não precisa de carga por três anos. Aquela, é recarregável a cada 48h, no entanto, quanto a esta, o preso retorna diariamente para a unidade prisional, oportunidade na qual, será retirada a sua tornozeleira para recarga. Ressalte-se que ao longo deste projeto, as duas formas de tornozeleiras estão sendo utilizadas (AZEVEDO, 2009).

3.3.3.2 Estado de São Paulo

O Estado de São Paulo foi um dos primeiros a testar a adotar o sistema de vigilância eletrônica, sendo que os primeiros experimentos foram realizados em 2007, com trinta detentos de boa conduta (SUMARRIVA, 2012, p. 60).

Com efeito, desde antes do advento da lei 12.258/10, o Estado de São Paulo já possuía um diploma legal prevendo a utilização do monitoramento eletrônico, qual seja a Lei estadual 12.906/08. Conforme referido diploma estadual, a Secretaria de Administração Penitenciária seria responsável pelo sistema, com a exigência da oitiva do Ministério Público e o consentimento do indivíduo (LEAL, 2011, p. 101).

A medida seria aplicada nos casos de

“quando se tratasse de sentença condenatória por tortura, tráfico de drogas, terrorismo, crimes resultantes de ações praticadas por quadrilha, bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo ou por alguns dos seguintes crimes, consumados ou intentados: a) homicídio (...) b) latrocínio; c) extorsão qualificada pela morte; d) extorsão mediante sequestro e na forma qualificada; e) estupro; f) atentado violento ao pudor; g) falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais; h) genocídio, tentado ou consumado” (LEAL, 2011, 101/102)

Segundo Juliana Burri (2011, p. 490), está previsto na lei estadual o uso da vigilância eletrônica nos casos de prisão domiciliar, livramento condicional, vedação de frequentar determinados locais, saída temporária e prestação de trabalho externo.

Conforme leciona César Barros Leal, com o advento da lei nacional sobre o tema (lei n. 12.258/10), é previsto que o Estado mude a sua normatização acerca do monitoramento eletrônico. Nesse sentido, Juliana Burri aduz que

Logicamente, com o advento da lei federal, percebe-se um conflito entre as duas leis no tocante à aplicação da vigilância eletrônica, visto que a lei federal não prevê a fiscalização nos casos de livramento condicional, trabalho externo e benefícios concedidos à proibição de frequentar determinados lugares. O conflito já se inicia nesse primeiro momento (BURRI, 2011, p. 490).

Mais adiante, a autora supracitada afirma que haverá também conflito no tocante ao consentimento do infrator, que não é necessário de acordo com a lei federal. Por esses motivos, a autora considera a lei paulista totalmente inaplicável (2011, p. 490/491). No mesmo escólio, Renato Brasileiro Lima, questionando a constitucionalidade das leis estaduais sobre o tema, argumenta que

No Brasil, após alguns estados da federação regulamentarem o assunto por meio de legislação estadual (v.g., Lei Paulista nº 12.906/2008), de duvidosa constitucionalidade, já que as leis estaduais não podem cuidar de execução penal, nos termos dos arts. 22, inc. I, e 24, inc. I, da Constituição Federal, o monitoramento eletrônico foi finalmente introduzido por meio da Lei nº 12.258, de 15 de junho de 2010, que instituiu o monitoramento eletrônico apenas no âmbito da execução penal, alterando dispositivos da Lei de Execução Penal (2012, p. 1452).

Outrossim, em agosto de 2010 finalizou-se no estado o processo licitatório para aquisição dos dispositivos eletrônicos de monitoramento (OLIVEIRA e AZEVEDO, 2012, p. 118). Consoante informação divulgada em janeiro de 2011, foi realizado teste sobre o uso do dispositivo, entretanto o governo apenas divulgou o balanço parcial, aduzindo que:

Dos 23.639 detentos do regime semiaberto que deixaram os estabelecimentos prisionais para visitar a família no fim de ano, 4.635 utilizaram as tornozeleiras eletrônicas. No dia 6 de janeiro de 2011, foi divulgado que do total de 23.639 detentos, 1.681, o equivalente a 7,1%, não retornaram na data prevista (4 de janeiro). Em 2009, 1985 não retornaram, o equivalente a 8,5% (OLIVEIRA E AZEVEDO, 2012, p. 118).

Atualmente, em São Paulo, a medida é utilizada nos casos de condenados em regime semiaberto, que se ausentam da prisão durante o dia para trabalhar, bem como para os que saem apenas nos feriados. Anota-se que a primeira vez que o sistema foi utilizado foi em 2010, nos casos de saídas temporárias de Natal e Ano Novo, sendo que nos dias atuais “cerca de 2 mil presos trabalham fora das prisões (deixam a unidade de manhã e voltam à noite, para dormir) e são monitorados” (AZEVEDO, 2009).

3.3.3.3 Estado do Rio Grande do Sul

Foi aprovada em 2008, no estado do Rio Grande do Sul, lei estadual prevendo o monitoramento eletrônico nos casos de condenados em regime aberto e semiaberto, prisão domiciliar e proibição de frequentar determinados lugares (LEAL, 2011, p. 102).

Segundo informa César Barros Leal, era necessária autorização judicial e parecer prévio do Ministério Público para a utilização do sistema, sendo cabível a aplicação da medida quando se tratasse de condenados por crime de tráfico de drogas, terrorismo, homicídio, extorsão, estupro, entre outros (2011, p. 102).

Portanto, verifica-se que a lei estadual (lei n. 13.044/08) acabou confrontando a lei federal (lei n. 12.258/10) porquanto é mais abrangente que esta. Logo, considerando que a lei federal é norma geral, não é cabível a expansão do uso do monitoramento eletrônico pela lei estadual (OLIVEIRA e AZEVEDO, 2012, p. 121).

Assim, em junho de 2010 – logo após a aprovação da lei federal – passou a ser realizado experimento no estado, através do qual uma das empresas com interesse em participar da licitação passou, com autorização da SUSEPE, a efetuar testes com quinze condenados em regime aberto e semiaberto (OLIVEIRA e AZEVEDO, 2012, p. 122).

Em 13 de agosto de 2010, os juízes das Varas de Execuções Penais de Porto Alegre e Novo Hamburgo, se reuniram para estabelecer critérios para a utilização da vigilância eletrônica, em atenção à realidade do sistema prisional do Rio Grande do Sul - que possui deficiência de vagas e teve interditado todos os albergues da região metropolitana. Com efeito, os juízes deliberaram que, para a aplicação da medida, é preciso que os detentos preencham os seguintes requisitos: “a) estejam no regime aberto; b) não possuam condenação por crime hediondo ou equiparado; c) não possuam mais de uma condenação por crime violento; d) que consintam com a utilização do equipamento; e) tenham bom comportamento carcerário; f) não tenham praticado crime doloso durante o regime aberto” (OLIVEIRA e AZEVEDO, 2012, p. 122).

Conforme referida deliberação, o preso que intencionalmente remover ou danificar o equipamento, será considerado foragido e, quando capturado retornará a prisão, não podendo mais ser submetido à vigilância eletrônica. Assim fica claro que os critérios utilizados pelos magistrados foram estabelecidos visando resolver pontualmente o problema da ausência de vagas para o cumprimento da condenação em regime aberto e semiaberto, diante da

“negligência do Poder Executivo estadual para solucionar o problema de falta de vagas” (OLIVEIRA e AZEVEDO, 2012, p. 122).

Acerca da colisão entre os critérios supramencionados adotados pelo estado do Rio Grande do Sul e a lei federal 12.258/10, Janaina Rodrigues Oliveira e Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo apontam que:

Cabe destacar que os critérios estabelecidos pelos juízes da Vara de Execuções Criminais de Porto Alegre e Novo Hamburgo na mencionada reunião são diversos das disposições contidas na Lei n. 12.258 de 2010, norma geral cabível à espécie, e na Lei n. 13.044 de 2008, norma suplementar do Rio Grande do Sul. A decisão dos magistrados estabelece que se utilizem as tornozeleiras eletrônicas para apenados do regime aberto, o que não está contemplado em quaisquer dos diplomas legais em referência. Em sequência, estabelece que o uso se dê para os que não possuam condenação por crime hediondo ou equiparado ou mais de uma condenação por crime violento, exatamente o contrário do disposto na lei estadual – destacando que nesse ponto há conflito com a lei federal, que não prevê tal imposição. Destaca-se, ainda, que a exigência de bom comportamento carcerário e de não terem praticado crime doloso durante o regime aberto também são critérios que não estão previstos nem na lei estadual, nem na lei federal (2012, p. 123/124).

Em 17 de novembro de 2010, haviam 122 presos – de um universo de 260 que se enquadravam nos critérios fixados pelos juízes das Varas de Execuções Penais- submetidos ao monitoramento eletrônico, todos no regime aberto (OLIVEIRA e AZEVEDO, 2012, p. 122).

Entretanto, o valor da medida (dispositivo e serviço) prejudicou a implementação do sistema no Estado, que chegou a usar tornozeleiras no período de agosto de 2010 a fevereiro de 2011, através de um contrato emergencial. Findo referido contrato, foi realizada licitação pela Superintendência dos Serviços Penitenciários, que alegou que os valores foram maior que o previsto e cancelou o processo (OLIVEIRA, *et al*, 2011).

3.3.3.4 Estado de Minas Gerais

Em Minas Gerais, a partir de 23 de dezembro de 2008, foi realizada uma audiência pública, na qual foram intensificadas as discussões acerca das regras básicas do sistema, visando ao aprimoramento do edital de licitação (OLIVEIRA E AZEVEDO, 2012, p. 119). Participaram do programa inicial infratores em regime aberto e semiaberto, que não

respondiam a outro processo e sem histórico de falta grave durante o cumprimento da pena em regime fechado (LEAL, 2011, 104).

Em 12 de janeiro de 2011, foi aprovada lei estadual, que dispõe sobre execução penal e regulamentou o uso do monitoramento eletrônico no estado. Referido diploma legal prevê a possibilidade de determinação judicial para a utilização do sistema nos casos de saída temporária no regime semiaberto e prisão domiciliar, “bem como quando se julgar necessário” (OLIVEIRA E AZEVEDO, 2012, p. 118). Dessarte, fica claro o conflito entre a lei federal e a lei estadual, posto que esta última possibilita uma ampla margem para o magistrado impor a utilização da medida – como nos casos de suspensão condicional da pena, penas restritivas de direitos, liberdade condicional, entre outras -, indo além das hipóteses de aplicação previstas na lei federal n. 12.258/10.

Salienta-se que houve impasse no processo de licitação para a contratação da empresa que irá prestar os serviços de implantação e administração do monitoramento eletrônico no estado, em razão da impugnação do procedimento por uma das empresas participantes. Em função disso, até o momento não há presos sob o regime de monitoramento eletrônico no estado (OLIVEIRA E AZEVEDO, 2012, p. 120/121).

3.3.3.5 Experiências em outros estados brasileiros

Importante mencionar que foram também realizados testes em outros estados brasileiros, como nos estados de Goiás, Alagoas e Pernambuco (LEAL, 2011, p. 103/105).

Ademais, no Espírito Santo, aprovou-se a lei estadual 9.217/09, que dispõe sobre o monitoramento eletrônico. Outrossim, referido diploma legal é objeto de ação civil pública ajuizada pela Defensoria Pública Estadual, sob a alegação de que o estado não é competente para legislar sobre o tema, mas sim a União, sendo que não havia – quando foi editada a lei estadual – norma federal de caráter geral positivada a respeito da vigilância eletrônica de preso (OLIVEIRA e AZEVEDO, 2011, p. 116).

Dentre todos os estados brasileiros, apenas três haviam implantado o sistema até julho de 2011, quais sejam, São Paulo, Rio de Janeiro e Rondônia. Neste último, “onde os equipamentos também são usados no regime semiaberto, o governo informou que o custo é atualmente um impedimento para uso da tecnologia como medida cautelar”. Ainda, no

tocante ao caso do Rio de Janeiro, mister ressaltar que, em função do elevado número de fugas e de dispositivos rompidos, deixou-se de utilizar o equipamento para apenados em regime semiaberto. Com efeito:

No Rio de Janeiro, a tornozeleira eletrônica chegou a ser usada, mas, após a fuga de 32% dos presos monitorados e 54 tornozeleiras rompidas em um mês, o Judiciário decidiu não mais usar o acessório para detentos do regime semiaberto. Em abril, o monitoramento passou a ser utilizado para o regime de prisão albergue domiciliar. Atualmente, 136 presos estão utilizando o equipamento (OLIVEIRA, *et al*, 2011).

Por fim, em pesquisa realizada pelo site G1, em julho de 2011 (OLIVEIRA, *et al*, 2011), constatou-se que não tem previsão para implantar o sistema os seguintes estados: Acre, Amapá, Ceará, Espírito Santo, Mato Grosso do Sul, Pará, Piauí, Rio Grande do Norte, Roraima, Sergipe e Tocantins. Ademais, os seguintes estados tinham previsão para adoção do sistema ou se encontravam em fase de testes: Alagoas, Amazonas, Bahia, Distrito Federal, Maranhão, Mato Grosso, Minas Gerais, Paraíba, Paraná, Pernambuco, Santa Catarina e Rio Grande do Sul.

CONCLUSÃO

O presente trabalho se dispôs a analisar a questão da adoção do monitoramento eletrônico no Estado Democrático de Direito.

Observa-se que a monitoração eletrônica surge como uma opção tecnológica de controle, em substituição à prisão. Vários países já adotaram o sistema, sobretudo em função da promessa de redução de custos e da população carcerária. Além disso, muitos autores entendem também que a medida seria mais humanitária que o cárcere, o que contribuiria com o objetivo ressocializador da pena, tendo em vista as mazelas decorrentes do sistema prisional.

Primeiramente, sob o argumento de redução de custos do sistema e a promessa de excarceração, percebe-se que há o risco de que a medida funcione da mesma forma que funcionaram as penas alternativas no Brasil, ou seja, aumente a malha punitiva, sem substituir o cárcere. Com efeito, referidas penas acabaram sendo aplicadas em casos que, de qualquer maneira, o indivíduo não iria para a prisão.

Aliás, é o que se observa, desde já, com a monitoração eletrônica introduzida na Lei de Execução Penal, em 2010, que prevê a vigilância para condenados durante a saída temporária no regime semiaberto e na prisão domiciliar (determinada muitas vezes para os apenados em regime aberto, em função da insuficiência de vagas nas casas do albergado), ou seja, em casos que o indivíduo já não estaria mais no cárcere. Evidente, então, a ampliação do controle.

Além disso, no tocante ao monitoramento eletrônico como alternativa à prisão preventiva, corre-se o risco de que, da mesma forma que aconteceu com as medidas alternativas, não ocorra a substituição do cárcere, mas, sim, se apliquem outras medidas cautelares em conjunto com a monitoração eletrônica, em casos que não seria, de qualquer maneira, determinada a prisão preventiva.

Ademais, no que se refere à suposta humanização da pena possibilitada pela medida, no caso brasileiro é bem questionável, posto que, conforme já mencionado, nem sempre ocorre a substituição do cárcere. O que se vê, é assim, uma tendência ao aumento da malha de controle penal.

De outro lado, mesmo que a medida de fato substitua o cárcere, frisa-se o risco do controle total proporcionado pela tecnologia, se esta não for aplicada em observância aos direitos fundamentais, estabelencendo-se limites intransponíveis e sempre atendendo-se à proporcionalidade. Isso porque a privacidade é uma expressão da dignidade da pessoa humana, de forma que, sendo um direito fundamental, apenas excepcionalmente se justifica sua afetação.

Percebe-se das experiências internacionais, que há casos de monitoração perpétua, como na Flórida, nos Estados Unidos, bem como estão sendo realizados testes com a monitoração eletrônica por meio de *microchips* implantados no corpo humano, que permitem saber dados físicos do indivíduo – como pressão arterial e nível de álcool no sangue – além de representarem riscos à saúde do monitorado. Não bastasse isso, já foi desenvolvido um sistema que permite a descarga de cargas elétricas no indivíduo monitorado. Essas situações, evidentemente, ultrapassam os limites do poder punitivo do Estado, porquanto fulminam os direitos fundamentais e, isso tudo, sem qualquer justificativa razoável.

Por isso a necessidade de cautela com a aplicação da medida, sobretudo no contexto atual de “gestão de riscos”, sendo impostos limites intransponíveis, que garantam ao máximo os direitos fundamentais dos indivíduos, em atenção ao disposto nas Convenções Internacionais de Direitos Humanos, bem como nas Constituições Democráticas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5 ed. alemã. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Augusto Jobim. **A velocidade do controle** – ou sobre o caso do monitoramento eletrônico de presos no Brasil. In *Monitoramento eletrônico em debate*. Org. por Alexandre Moraes da Rosa e Neemias Moretti Prudente. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima**: códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

AZEVEDO, Bruno César. **Liberdade vigiada – sociedade protegida**. 2009. Disponível em: <<http://www.premioinnovare.com.br/praticas/liberdade-vigiada-sociedade-protegida/>>. Acesso em 30.nov.2012.

BETIOL, Giuseppe. **Instituciones de Derecho Penal y Procesal Penal**. Trad. Faustino Gutiérrez Alviz y Conradi. Barcelona: Bosch, 1976.

BISSOLI FILHO, Francisco. Punição e divisão social: do mito da igualdade à realidade do apartheid social. In: **Verso e reverso do Controle Penal**: (Des)Aprisionando a sociedade da cultura punitiva. Org. por Vera Regina Pereira Andrade. Vol. II. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.

BURRI, Juliana. **O monitoramento eletrônico e os direitos e garantias individuais**. In *Revista dos Tribunais*, ano 100, v. 904, fev. 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 475-493.

CAIADO, Nuno. **Monitoramento eletrônico e ética**: um olhar prático. In *Monitoramento eletrônico em debate*. Org. por Alexandre Moraes da Rosa e Neemias Moretti Prudente. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

CARNELUTTI, Francesco. *As Misérias do Processo Penal*. Trad. por José Antônio Cardinalli. 7 ed. Campinas: Bookseller, 2008.

CARVALHO, Salo de. “A Ferida Narcisista do Direito Penal: primeiras observações sobre as (dis)funções do controle penal na sociedade contemporânea”. In: **A qualidade do tempo**: para além das aparências históricas. Ruth M. Chittó Gauer (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

COUTINHO, Aldacy Rachid Coutinho. A autonomia privada: em busca da defesa dos direitos fundamentais dos trabalhadores. In **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Org. por Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 167-185.

DELEUZE, Gilles. **Conversações** (1972-1990). Trad. por Peter Pál Pelbart. São Paulo: Ed. 34, 1992.

_____. Estado y máquina de guerra. In: **El lenguaje libertario**: Antología del pensamiento anarquista contemporáneo. Org. por Christian Ferrer. La Plata: Terramar, 2005. p. 167-195.

ELBERT, Carlos Alberto. El nuevo rol del estado en América Latina y el control de la sociedad. In: **A sociedade, a violência e o direito penal**. JÚNIOR, Ney Fayet e CORRÊA, Simone Prates Miranda (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 65-81.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. Trad. por Ana Paula Zomer, [et al]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Trad. Perfecto Andres Ibanez. Madrid: Trotta, 2001.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Trad. Raquel Ramalheite. 30ª ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

GALEANO, Eduardo. **De pernas pro ar: a escola do mundo ao avesso**. Trad. por Sergio Faraco. Porto Alegre: L&PM, 1999.

GARLAND, David. **La cultura del control**: crimen y orden social en la sociedad contemporánea. Trad. por Máximo Sozzo. Barcelona: Gedisa Editorial, 2005.

GEDIEL, José Antônio Peres. A irrenunciabilidade a direitos de personalidade pelo trabalhador. In **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Org. por Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 151/166.

GONZÁLEZ, Pilar Otero. **Control Telemático de Penados**: Análisis Jurídico, Económico y Social. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

GRECO, Rogério. **Monitoramento eletrônico**. In Revista de Direito Universidade Federal de Viçosa, vol. I, n. 4, abr./2011, p. 157-174.

ILANUD/Brasil – Instituto Latino Americano das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente. **Levantamento Nacional sobre Execução de Penas Alternativas**: Relatório Final de Pesquisa. São Paulo: ILANUD, 2006. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ87675D02ITEMIDF2A839578ED546609E22E2060BA1D7A0PTBRIE.htm>>. Acesso em 20.nov.2012.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano e MACEDO, Celina Maria. O Brasil e o Monitoramento Eletrônico. In **Monitoramento Eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências Internacionais e Perspectivas no Brasil**. Brasília: Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, Ministério da Justiça, 2008.

KARAM, Maria Lúcia. **Monitoramento eletrônico**: a sociedade do controle. In Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCRIM. São Paulo, ano 14, n. 170, jan. 2007, p. 4/5.

LEAL, César Barros. **Vigilância eletrônica à distância**: instrumento de controle e alternativa à prisão na América Latina. Curitiba: Juruá, 2011.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

LOPES JR., Auri. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Vol. I. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Vol. II. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

MARIATH, Carlos Roberto. **Monitoramento eletrônico: liberdade vigiada**. In Revista Jus Navigandi, 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17196/monitoramento-eletronico-liberdade-vigiada>>. Acesso em 11.out.2012.

MENDES, Gilmar Ferreira, [et al]. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. e BRANCO; Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MILL, John Stuart. **Ensayo sobre la libertad**. Trad. por María Ángeles Lavilla Navarro. Madrid: Mestas, 2006.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo*. In **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Org. por Ingo Wolfgang Sarlet. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: **Perspectivas constitucionais**. MIRANDA, Jorge (Org.). Vol. I. Coimbra: Coimbra, 1996.

NUNES, Leandro Gornicki. Alternativas para a prisão preventiva e o monitoramento eletrônico: avanço ou retrocesso em termos de garantia à liberdade? **Revista Eletrônica OAB Joinville**, Joinville, 1. ed, vol. 1, Jul./Dez. 2010. Disponível em: <<http://revista.oabjoinville.org.br/artigo/19/alternativas-para-a-prisao-preventiva-e-o-monitoramento-eletronico-avanco-ou-retrocesso-em-termos-de/>>. Acesso em 27.nov. 2012.

OLIVEIRA, Maria Angélica; ARAÚJO, Glauco; STOCHEIRO, Tahiane. **Tornezeleira para presos vira alternativa em lei, mas para poucos**. 2011. Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2011/07/tornezeleira-para-presos-vira-alternativa-em-lei-mas-para-poucos.html>>. Acesso em 30.nov.2012.

OLIVEIRA, Edmundo. **Direito Penal do Futuro: A Prisão Virtual**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

OLIVEIRA, Janaina Rodrigues e AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. O monitoramento eletrônico de apenados no Brasil. In **Monitoramento eletrônico em debate**. Org. por Alexandre Moraes da Rosa e Neemias Moretti Prudente. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

PEÑA DE MORAES, Guilherme. **Curso de Direito Constitucional**. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

POZA CISNEROS, Maria. **Las Nuevas Tecnologías en el Ámbito Penal**. In: Revista del Poder Judicial, nº 65. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2002.

PRUDENTE, Neemias Moretti. Monitoramento eletrônico: uma efetiva alternativa à prisão? In **Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal**, ano XI, nº 65, dez-jan 2011, p. 7-21. Porto Alegre: Síntese, 2011.

_____. Sozinho mas não esquecido: uma análise sobre o sistema de monitoramento eletrônico de infratores. In **Monitoramento eletrônico em debate**. Org. por Alexandre Morais da Rosa e Neemias Moretti Prudente. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

REIS, Fabio A. S. Monitoramento Eletrônico de Prisioneiros: breve análise comparativa entre as experiências inglesa e sueca. In: III Congresso Internacional de Direito e Tecnologias da Informação, 2004, Salvador. **Anais do III CIBERCON**. Salvador, BA: IBDI. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/depen/publicacoes/cibercon.pdf>>. Acesso em 30.nov.2012.

RODRÍGUES-MAGARIÑOS, Faustino Gudín. La cárcel electrónica: el modelo del derecho norteamericano. In: **La Ley Penal**. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario, año II, nº 21. Madrid, 2005.

ROSA, Alexandre Morais da. A vida como critério dos direitos fundamentais: *Ferrajoli e Dussel*. In **Direitos Fundamentais: Reflexões críticas: teoria e efetividade**. Org. por Edihermes Marques Coelho. 1. ed. Uberlândia: IPEDI, 2005.

_____. e SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. **Para um Processo Penal Democrático: Crítica à Metástase do Sistema de Controle Social**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SEGADO, Francisco Fernández. **Temas Polêmicos do Constitucionalismo Contemporâneo**. SCHAFFER, Jairo (org). Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. In Revista dos Tribunais, nº 798, ano 2002, pp. 23-50.

SUMARRIVA, Ana Calderón. **La vigilancia electronica**: una alternativa de humanización del Derecho Penal. Lima: San Marcos, 2012.

TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

THUMS, Gilberto. **Sistemas processuais penais**: Tempo, Tecnologia, Dromologia, Garantismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

VALOIS, Luís Carlos. **Ensaio sobre o monitoramento eletrônico** (Lei 102.258/10). In: Monitoramento eletrônico em debate. Org. por Alexandre Morais da Rosa e Neemias Moretti Prudente. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

VIANNA, Túlio. **Do rastreamento eletrônico como alternativa à pena de prisão**. In: Monitoramento eletrônico em debate. Org. por Alexandre Morais da Rosa e Neemias Moretti Prudente. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

VITORES, Anna e DOMÈNECH, Miquel **Tecnología y poder**: Un análisis foucaultiano de los Discursos acerca de la Monitorización Electrónica. Forum Qualitative Social Reserch. V. 8, n. 2. Disponível em: <<http://www.qualitative-research.net/index.php/fqs/article/view/250/552>>, maio de 2007 >. Acesso em 30.set.12.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Trad. Nilo Batista. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

_____. **Punir os Pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. 3ª ed. Trad. por Sérgio Iamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

WEIS, Carlos Eduardo. **Estudo sobre o monitoramento de pessoas processadas ou condenadas criminalmente**. In Monitoramento eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectiva no Brasil. Brasília: Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, Ministério da Justiça, 2008.

_____. **O Big Brother Penitenciário**. In Juízes para a democracia. Ano 11, nº 42, 2007. p. 12. Disponível em: <<http://www.ajd.org.br/arquivos/publicacao/democracia-n42.pdf>>. Acesso em 11.out.2012.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Desafios do Direito Penal na Era da Globalização**. In: Revista Consulex. Ano V, nº 106, 15 de junho/2001, p. 27. WEIS, Carlos. **O Big Brother Penitenciário**. In Juízes para a democracia. Ano 11, nº 42, 2007. p. 12. Disponível em: <<http://www.ajd.org.br/arquivos/publicacao/democracia-n42.pdf>>. Acesso em 11.out.2012.

_____. **O inimigo no direito penal**. Trad. por Sérgio Iamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

_____; BATISTA, Nilo; *et al.* **Direito penal brasileiro**. Teoria geral do direito penal. Vol. I. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.